

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD**  
**SOCIAL**



**TESIS DOCTORAL**

**El "*descuelgue*" de convenio colectivo**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR**

**PRESENTADA POR**

**Emilio de Castro Marín**

Director

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

**Madrid, 2015**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



## **EL “DESCUELQUE” DE CONVENIO COLECTIVO**

Tesis que presenta el Lcdo. Emilio de Castro Marín para la colación del  
Grado de Doctor, bajo la dirección del Prof. Dr. Francisco Pérez de los  
Cobos Orihuel

**Madrid, 2015**

## **ABSTRACT**

## **INTRODUCCIÓN**

### **CAPÍTULO I.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN DEL DESCUELQUE DE CONVENIO**

#### **1.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DESCUELQUE DE CONVENIO COLECTIVO**

*1.1.- La naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue y de la decisión sustitutiva en procedimientos de solución autónoma*

**1.1.1.- El acuerdo de descuelgue de convenio colectivo como producto derivado de la autonomía colectiva**

**1.1.2.- Acuerdo de descuelgue vs acuerdo de empresa vs convenio colectivo**

**1.1.3.- La opción del legislador: el encaje sistemático de la institución del descuelgue en el Título III del ET**

**1.1.4.- El acuerdo de inaplicación en el sistema de fuentes de la relación laboral**

*1.2.- Naturaleza jurídica de la decisión sustitutiva en órganos tripartitos de solución de la discrepancia*

#### **2.- DESCUELQUE, ADAPTACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO Y DESCENTRALIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA**

*2.1.- El descuelgue como instrumento para la adaptación de las condiciones de trabajo en el ámbito de la empresa*

*2.2.- Inaplicación de convenio vs preferencia aplicativa del convenio de empresa*

**2.2.1.- La preferencia aplicativa del convenio de empresa ex art. 84.2 ET**

**2.2.2.- Diferencias entre inaplicación de convenio ex art. 82.3 ET y preferencia aplicativa del convenio de empresa ex art. 84.2 ET**

### **CAPÍTULO II.- CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS SUSCEPTIBLES DE INAPLICACIÓN EX ART. 82.3 ET**

#### **1.-APLICABILIDAD DE LA INSTITUCIÓN DEL DESCUELQUE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PRODUCTO RESULTANTE DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA**

*1.1.- Aplicabilidad de la institución del art. 82.3 ET a los convenios colectivos estatutarios*

*1.2.- Aplicabilidad de la institución del art. 82.3 ET a otros productos de la autonomía colectiva diferentes del convenio colectivo estatutario*

**1.2.1.- Aplicación del descuelgue ex art. 82.3 ET a productos de la autonomía colectiva con eficacia o tratamiento en la Ley de convenio colectivo estatutario**

**1.2.2.- Aplicación del descuelgue ex art. 82.3 ET a otros productos de la autonomía colectiva**

## **2.- APLICABILIDAD DE LA INSTITUCIÓN DEL DESCUELQUE DESDE LA PERSPECTIVA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO**

*2.1.- La aplicabilidad de la institución del descuelgue ex art. 82.3 ET a los convenios de empresa y de ámbito inferior: el “autodescuelgue”*

*2.2.- La inaplicación de condiciones pactadas en convenios pactos o acuerdos colectivos del sector público*

## **CAPÍTULO III.- PRESUPUESTOS LEGALES DEL DESCUELQUE: EXIGENCIA CAUSAL Y MATERIAS MODIFICABLES**

### **1.- LAS CAUSAS HABILITANTES PARA LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO**

*1.1.- La concepción de las causas en la norma*

**1.1.1.- La actualización del presupuesto causal como requisito habilitante y condicionante para el descuelgue**

**1.1.2.- La unificación y tratamiento sistemático de los descuelgues en el art. 82.3 ET y su incidencia en la definición de las causas**

**1.1.3.- La pretendida, y no compartida, mayor flexibilización en la concepción de las causas tras reforma laboral del 2012.**

*1.2.- Automaticidad en la constatación de las causas vs adecuación de la medida*

*1.3.- El ámbito de apreciación de las causas*

**1.3.1.- Ámbito de apreciación de las causas en empresas multiformes: actualización en la empresa en su conjunto vs actualización en la unidad económica de producción**

**1.3.2.- Ámbito de apreciación de las causas en los supuestos de empresas pertenecientes a grupos empresariales**

**1.3.3.- Ámbito de apreciación de las causas en los supuestos de agrupaciones de empresas**

### **2.- LAS MATERIAS SUSCEPTIBLES DE INAPLICACIÓN EX ART. 82.3 ET**

*2.1.- Las materias susceptibles de inaplicación de convenios colectivos ex art. 82.3 ET*

*2.2.- El carácter cerrado de las materias susceptibles de inaplicación y la posible positivización de las materias en convenio*

## **CAPÍTULO IV.- EL PROCEDIMIENTO PARA LA INAPLICACIÓN DE LAS CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO EX ART. 82.3 ET**

### **1.- NORMATIVA APLICABLE AL PROCEDIMIENTO DE DESCUELQUE**

### **2.- LA CONFIGURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN EN LOS DESCUELQUES**

*2.1.- La comisión negociadora única*

*2.2.- La necesidad de constitución previa a la comunicación de inicio del período de consultas*

### **3.- LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA NEGOCIACIÓN DEL DESCUELQUE**

*3.1.- La preferencia por la interlocución con la sección sindical*

*3.2.- La interlocución en el supuesto de no existir representación legal de los trabajadores: las comisiones sindicales y las comisiones de trabajadores “ad hoc”*

**3.2.1.- Naturaleza jurídica de las comisiones sindicales y *ad hoc***

**3.2.2.- La designación de la comisión de trabajadores ad hoc o sindical**

*3.3.- La Interlocución en procedimientos de descuelgue con afectación a trabajadores de más de un centro de trabajo: las comisiones “híbridas” de negociación*

### **4.- EL PERÍODO DE CONSULTAS EN LOS DESCUELQUES DE CONVENIO**

*4.1. La naturaleza jurídica del período de consultas como producto de negociación colectiva*

**4.1.1.- Primera fase del período de consultas: los derechos de información y documentación**

**4.1.2.- Segunda fase o de negociación: el alcance de la buena fe negocial**

*4.2.- La sustitución del período de consultas por procedimientos de mediación y arbitraje y la “dispositivización” del procedimiento en convenio colectivo*

*4.3.- La duración del período de consultas*

*4.4.- La posibilidad de “reconversión” del período de consultas inicialmente negociado en el contexto de un despido colectivo en procedimiento válido de descuelgue*

## **CAPÍTULO V.- LA GESTIÓN DEL DESACUERDO EN EL PERÍODO DE CONSULTAS**

### **1.- LA INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN PARITARIA DEL CONVENIO COLECTIVO EN LA SOLUCIÓN DE LAS DISCREPANCIAS EN EL PERÍODO DE CONSULTAS**

*1.1.- La atribución legal a las comisiones paritarias de competencias en la solución de discrepancias en períodos de consultas en descuelgues*

*1.2.- El contenido de la decisión: función mediadora vs función arbitral*

*1.3.- La intervención de la comisión paritaria*

## **2.- LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS EN LA SOLUCIÓN DE LAS DISCREPANCIAS EN LOS PERÍODOS DE CONSULTAS**

*2.1.- La contextualización del papel de los procedimientos de solución autónoma en la solución de las discrepancias en descuelgues en las reformas laborales 2010-2012*

*2.2.- El modelo vigente: el papel del acuerdo interprofesional y del convenio colectivo en la regulación de los procedimientos para la solución efectiva de las discrepancias en descuelgues*

*2.3.- La obligatoriedad o no de instauración de un arbitraje obligatorio en el acuerdo interprofesional para la solución de la discrepancia en descuelgues*

*2.4.- La posibilidad de establecimiento del compromiso arbitral en acuerdo interprofesional o en convenio*

## **3.- INTERVENCIÓN DEL ÓRGANO TRIPARTITO EN LA SOLUCIÓN DE LA DISCREPANCIA EN LA CUARTA Y ÚLTIMA FASE**

*3.1.- La ampliación de las competencias de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos a las funciones decisorias en materia de descuelgues*

*3.2.- Características del modelo de solución de la controversia ante el órgano tripartito propuesto en la norma*

**3.2.1.- Intervención potestativa, subsidiaria y desactivable por la autonomía colectiva**

**3.2.2.- Competencia compartida entre órgano estatal y autonómicos**

**3.2.3.- Decisión en el seno del órgano tripartito vs decisión mediante laudo arbitral**

**3.2.4.- Carácter bifásico de la decisión o del laudo: doble pronunciamiento sobre la concurrencia de las causas y sobre el alcance de la inaplicación**

**3.2.5.- Ámbito de cognición limitado de la decisión o del laudo arbitral**

**3.2.6.- Carácter tripartito, paritario y colegiado del órgano decisor, mayorías para la adopción de los acuerdos e imparcialidad del árbitro**

**3.2.7.- El control judicial pleno de la decisión o del laudo arbitral y sus consecuencias en cuanto al alcance pseudoarbitral de la intervención y a la obligatoriedad de suscripción de compromiso arbitral previo**

*3.3.- La constitucionalidad de la decisión dictada en el seno del órgano tripartito o del laudo arbitral*

## **CAPÍTULO VI.- EL ACUERDO DE INAPLICACIÓN DE CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO**

### **1.- EFICACIA JURÍDICA Y EFICACIA PERSONAL DEL ACUERDO DE INAPLICACIÓN O DECISIÓN SUSTITUTIVA**

*1.1.- Eficacia jurídica del acuerdo de descuelgue o decisión sustitutiva*

*1.2.- Eficacia personal del acuerdo de descuelgue o decisión sustitutiva*

**1.2.1.- Aplicación del acuerdo de descuelgue en un ámbito inferior al de la empresa: descuelgue a nivel de centro de trabajo**

**1.2.2.- Aplicación limitada del acuerdo de descuelgue a colectivos determinados de trabajadores vs tratamientos jurídicos individualizados**

### **2.- EL ALCANCE TEMPORAL DE LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO**

*2.1.- Duración del descuelgue*

*2.2.- Entrada en vigor y posible eficacia retroactiva*

### **3.- EL CONTENIDO DEL ACUERDO DE INAPLICACIÓN Y REQUISITOS FORMALES**

*3.1.- Contenido del acuerdo de inaplicación*

*3.2.- Requisitos formales del acuerdo de inaplicación*

## **CAPÍTULO VII.- LA IMPUGNACIÓN EN MATERIA DE DESCUELGUES DE CONVENIO COLECTIVO**

### **1.- LA IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO DE INAPLICACIÓN, O DE LA DECISIÓN SUSTITUTIVA**

*1.1- Impugnación por motivos relacionados con el presupuesto causal habilitante*

**1.1.1.- Impugnación de los acuerdos alcanzados en el período de consultas por inexistencia de causa**

**1.1.1.1.-** La discutible instauración en la norma de una verdadera presunción: la inversión de la carga de la prueba en supuestos de acuerdos en períodos de consultas

**1.1.1.2.-** El encaje de la impugnación por ausencia de causa en los motivos tasados del fraude, dolo, coacción o abuso de derecho

**1.1.2.- Impugnación de los acuerdos alcanzados en fases sucesivas en la gestión del desacuerdo por inexistencia de causa**

*1.2.-Impugnación por otros motivos al margen del presupuesto causal*

### **2.- LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS DEL EMPRESARIO EN APLICACIÓN DEL ACUERDO DE DESCUELGO O DE LA DECISIÓN SUSTITUTIVA**

### **3.- CUESTIONES PROCESALES EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN DE DESCUELGUES**

#### *3.1.- Los mecanismos procesales de impugnación de los descuelgues de convenio colectivo*

**3.1.1.- En el supuesto de impugnación de acuerdos de descuelgue o decisión sustitutiva**

**3.1.2.- En el supuesto de impugnación de acuerdos de descuelgue negociados en el contexto de un procedimiento de despido colectivo**

**3.1.3.- En el supuesto de impugnación del acto del empresario en aplicación del acuerdo de descuelgue o decisión sustitutiva**

#### *3.2.- Impugnación de los descuelgues por otros procedimientos*

#### *3.3.- Problemas relacionados con la legitimación activa para la impugnación en determinados supuestos*

**3.3.1.- Legitimación activa de secciones sindicales discrepantes con el acuerdo: la teoría de la “suficiente implantación” en el ámbito del conflicto**

**3.3.2.- Legitimación activa de los representantes unitarios: delegados de personal y comités de empresa**

**3.3.3.- Legitimación activa de comisiones sindicales o *ad hoc* de trabajadores**

**3.3.4.- Legitimación activa de los sujetos legitimados para la impugnación del convenio colectivo**

**3.3.5.- Acceso al procedimiento en condición de interesados de sindicatos representativos, asociaciones empresariales representativas y los órganos de representación legal o sindical**

### **CONCLUSIONES**



## **ABSTRACT**

This study aims to analyse the legal regulation of the inapplicability of work conditions agreed in the collective agreement *ex art. 82.3 ET*, covering the main questions of interpretation, which arise in their application.

There are several reasons leading us to tackle a study such as this one in this specific matter regulated in article 82.3 ET.

First, the inapplicability of work conditions agreed in the collective agreement has been the subject of in-depth and reiterated modifications in its legal framework during the intense reform process in labour terms over the last five years.

Second, the inapplicability of work conditions agreed in the collective agreement is of key importance in our current system of labour relations. The main aim of this model is to enhance the dynamics of collective bargaining, as well as to decentralise this collective bargaining, shifting into the corporate context.

Third, in this legal institution, the limits are being drawn up based on recent legal doctrine, including both the supreme and constitutional courts in a constantly evolving process.

Therefore, if we analyse the work carried out to date, even following the last reform in 2012, it is true that this is an institution that traditionally has sparked considerable interest among the scientific community from the outset. While this interest has increased amid the labour reforms carried out over the last few years, a complete study has only recently been possible given that the reforms were only finalised recently.

Accordingly, the inapplicability of work conditions agreed in the collective agreement are integrated into a new collective bargaining model aimed at adapting work conditions to the economic, organisation, and productive circumstances. The main advantage of this model is that it offers an attractive alternative to the loss of jobs.

While the previous collective bargaining model suffered from numerous weaknesses, mainly due to its static nature, with a very rigid structure, the new model aims to promote a more dynamic process in terms of collective bargaining.

In this context, the decentralisation of negotiations and the shift towards the corporate context becomes the most flexible tool with which to manage human resources. This decentralisation is implemented through two different regulatory instruments: 1) the inapplicability of the work conditions agreed in the collective agreement *ex art. 82.3 ET*; and 2) the priority of the corporate collective agreement *ex art. 84.2 ET*.

Therefore, the sector negotiation needs to leave some breathing room for the business context. Accordingly, the 2012 legislator progresses with the process initiated in the June 2010 labour reforms, attempting to offer new solutions, mainly relating to the so-called “disagreement management” .

Accordingly, the reform is presented as a *continuum* that can only be understood from the historical perspective of the evolution of the legal figure.

There is therefore no break between the previous labour reforms and those of 2012 in terms of inapplicability, in a model where a clear connection is seen between the social dialogue processes and the 2012 labour reform in view of the clear agreement between the legislature and the social dialogue in relation to the objectives, possibly above and beyond what it might seem like at first sight.

The common objective is for collective bargaining to be a useful tool to improve internal flexibility. In this *desideratum*, the mechanism of the inapplicability of conditions agreed on in the collective bargaining agreement becomes most prominent, probably becoming the most efficient technique to achieve the planned goals.

Now that the reasons for the study have been highlighted, in the following chapters we analyse the institution's regulation, focusing on questions such as those relating to its legal nature, the collective bargaining agreements that are susceptible of not being applied, the causes and modifiable conditions, negotiating procedure, disagreement management, inapplicability agreement, and lastly, those related to its possible legal challenge.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende efectuar un análisis del régimen jurídico de la institución de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo estatutario <sup>1</sup>, siendo varias las razones que nos conducen a afrontar un estudio como el presente.

En primer lugar, nos encontramos ante una figura legal que ha sido objeto de profundas y reiteradas modificaciones en su régimen jurídico en el transcurso del intenso proceso reformador en materia laboral llevado a cabo en el último quinquenio.

En este sentido, en lo que se refiere exclusivamente a la redacción del art. 82.3 ET, y dejando al margen el desarrollo reglamentario de éste y otros artículos con afectación directa o indirecta en la materia, la regulación legal de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio ha sufrido importantes modificaciones en la reforma laboral operada en el 2010, primero mediante norma de urgencia <sup>2</sup>, posteriormente tras convalidación en Ley de aquélla en septiembre de 2010 <sup>3</sup>. Reformas en las que por un lado se sustrae la regulación del descuelgue salarial del ámbito de “tutela” de la negociación colectiva y, por otro, se introducen novedades en lo que se refiere a los descuelgues “genéricos”, nuevo apartado 6 al art. 41 ET, ampliando las materias susceptibles de modificación o posibilitándose el denominado “autodescuelgue”, apostándose decididamente en ambos supuestos desde la norma por los mecanismos de solución del conflicto, incluidos arbitrajes, característica ésta que será común a todo el proceso reformador.

Nuevamente, en la reforma en materia de negociación colectiva operada en junio de 2011 <sup>4</sup>, se introducen importantes modificaciones en la institución, fundamentalmente en el precepto estatutario dedicado al contenido mínimo del convenio colectivo, entre otras, nuevas competencias de las comisiones paritarias en la solución del conflicto o necesidad de negociación en convenios colectivos de procedimientos para la solución efectiva de las discrepancias en la negociación, adaptando en su caso lo previsto en los acuerdos interprofesionales. Igualmente se adecúa la interlocución a la nueva preferencia negocial de las secciones sindicales ex art. 87 ET.

Ya en el contexto de la reforma laboral del 2012, la institución es objeto de importantes modificaciones en su régimen jurídico, fundamentalmente el encaje sistemático y consecuente

---

<sup>1</sup> En el trabajo utilizamos indistintamente la terminología legal, -inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo-, o la más coloquial del descuelgue para referirnos a la misma institución.

<sup>2</sup> Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en cuyos arts. 5 y 6 se procede a dar nueva redacción a los preceptos del ET dedicados en aquél momento a la regulación de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de condiciones pactadas en convenios colectivos. -descuelgues “genéricos- y del descuelgue salarial, arts. 41.6 y 82.3 ET respectivamente.

<sup>3</sup> Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en cuyos arts. 5 y 6 el legislador procede a dar nueva redacción a los preceptos dedicados a los descuelgues “genéricos” y salariales, art. 41.6 y 82.3 ET modificando la regulación previa de junio de ése mismo año.

<sup>4</sup> Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, norma de urgencia por la que se modifican los arts. 41.4 y 82.3 ET, -arts. 6.2 y 6.3 del Real decreto-, introduciendo igualmente el legislador importantes novedades en la materia de la “gestión del desacuerdo” en descuelgues tras nueva redacción del art. 85.3 c) y h) ET dedicado al contenido mínimo de los convenios colectivos, -art. 2 uno del Real Decreto Ley-.

unificación de todos los descuelgues en el Título III del ET, con las importantes consecuencias en lo que se refiere, por ejemplo, al tratamiento causal uniforme o a la extensión del “autodescuelgue” a la materia salarial, continuando igualmente el proceso de ampliación de materias modificables, o la instauración de una posible última fase en la “gestión del desacuerdo”, modificaciones introducidas primero mediante norma de urgencia <sup>5</sup>, posteriormente tras la convalidación y tramitación parlamentaria de aquél como Ley <sup>6</sup>.

Por último, la institución vuelve a ser objeto de modificación, principalmente en cuestiones relacionadas con el procedimiento de negociación y la constitución de una única comisión negociadora a nivel de empresa con independencia de la afectación de la medida, primero mediante norma de urgencia en agosto de 2013 <sup>7</sup>, después mediante Ley promulgada en febrero de 2014 <sup>8</sup>.

Desde esta sola perspectiva, a la vista de los importantes cambios operados en la institución, para comprender y situar adecuadamente la inaplicación en el escenario actual, resulta a todas luces necesario efectuar una interpretación de la normativa vigente integrándola en el contexto de la importante evolución legal experimentada en las últimas reformas laborales.

En segundo término, la institución de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo se presenta con una importancia capital en nuestro actual sistema de relaciones laborales, modelo presidido por el deseo del legislador de dotar de mayores dosis de dinamismo a la negociación colectiva y por su apuesta por la descentralización hacia el ámbito de la empresa.

Frente a un modelo de negociación colectiva ciertamente estático, el descuelgue de convenio colectivo se presenta como “válvula de seguridad” y alternativa a la destrucción de puestos de trabajo en los supuestos de necesidad de adaptación de los contenidos negociales a la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o productivas en las empresas.

En este escenario, la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo encaja en la “columna vertebral” de las últimas reformas laborales, la promoción de todas las formas de flexibilidad interna <sup>9</sup>, entre cuyos objetivos principales se situaba el de que la negociación colectiva se convirtiera en un instrumento útil para avanzar en la flexibilidad interna y para facilitar la adecuación de los salarios y de las condiciones de trabajo a los niveles de productividad y competitividad.

---

<sup>5</sup> Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en cuyo art. 14 se procede a dar nueva redacción al art. 82.3 ET.

<sup>6</sup> Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral por el que se introducen en su art. 14 determinadas novedades en la redacción propuesta por la norma de urgencia, por la que nuevamente se introducen cambios en la institución tras la tramitación parlamentaria como Ley de la anterior norma de urgencia.

<sup>7</sup> Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, en cuyo art. 9 se proponían determinadas modificaciones en materia laboral que afectaban directamente a la materia del descuelgue.

<sup>8</sup> Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, en cuyo art. 9 se procede a dar nueva redacción una vez más al art. 82.3 ET con los últimos cambios hasta el momento

<sup>9</sup> A propósito de la reforma de 2012, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 12 y 13

Desde esta óptica, el interés en el estudio de las cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de la institución en su actual configuración legal se encuentra igualmente más que justificado.

En tercer lugar, nos encontramos ante una figura legal en la que, más allá de las indudables aportaciones de la doctrina científica, los contornos de la institución se vienen perfilando a través de los criterios interpretativos de la jurisprudencia, ordinaria y constitucional <sup>10</sup>, como de una doctrina judicial en constante evolución.

Y en este sentido, el presente trabajo pretende recopilar estos recientes criterios interpretativos en la aplicación de la figura legal.

A mayor abundamiento, si analizamos los trabajos en la materia hasta la fecha, siendo cierto que nos encontramos ante una institución que tradicionalmente ha suscitado gran interés entre la doctrina científica desde su misma previsión legal en la norma <sup>11</sup>, atractivo acrecentado si cabe a partir de las reformas laborales de los últimos años, no lo es menos el hecho de que la propia dinámica reformadora ha dificultado sobremanera la realización de un estudio como el presente, pese a la existencia de importantes aportaciones en la materia, algunas de ellas efectuados tras la promulgación reforma laboral de 2012 <sup>12</sup>.

Apuntados los motivos por los que se justifica nuestro interés en el estudio de la institución, y antes de proceder a abordar su concreto régimen jurídico a través del recorrido que se propone por los siguientes Capítulos, entendemos que resulta necesario situar la institución de

---

<sup>10</sup> Buen ejemplo de ello, y a título meramente ejemplificativo, hasta el 24 de febrero de 2015 no se publica en el BOE la Sentencia 8/2015 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 22 de enero de 2015, por la que se declara el ajuste constitucional de determinadas previsiones contenidas, entre otros, en el art. 82.3 ET en recurso de inconstitucionalidad planteado por Grupo Parlamentario Socialista y de La Izquierda Plural. En el mismo sentido, no es sino hasta el 15 de agosto de 2014 que se publica la Sentencia 119/2014, de 16 de julio, del Pleno del Tribunal Constitucional por la que se desestima recurso de inconstitucionalidad en la materia planteado por el Parlamento de Navarra en relación con la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma laboral.

<sup>11</sup> Art.5 apartado tres de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, norma que procede a dar nueva redacción al art. 41 ET incorporando un párr. 2º a su apartado 3º en el que expresamente se amparaba la modificación de determinadas condiciones pactadas en convenios colectivos estatutarios por acuerdo. Del mismo modo, art. 8 apartado uno por el que se introducía la posibilidad de que los convenios colectivos regularan las condiciones y los procedimientos para la inaplicación del régimen salarial pactado en los mismos.

<sup>12</sup> Sin ánimo de exhaustividad, CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013 o, en clave más práctica, SEMPERE NAVARRO, A. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*. Claves prácticas, Francis y Taylor, Madrid, enero 2014. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, etc...

la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo en el contexto reformador.

El legislador reformista parte de un modelo de negociación colectiva con importantes carencias y disfunciones, debilidades provocadas fundamentalmente por su carácter continuista, con fuertes inercias en materia de estructura y que se proyectaban sobre la propia adecuación de los contenidos a la situación de la economía y de las empresas, existiendo un amplio grado de convergencia a la hora de detectar los defectos del sistema, unos derivados de la propia regulación legal, otros nacidos de la propia práctica de la negociación <sup>13</sup>.

En este sentido, entre las disfunciones del sistema, de manera recurrente se venían apuntando las derivadas de las dificultades en los procesos de renovación de los convenios, -lo que desembocaba en la petrificación de las regulaciones sin capacidad alguna de adaptación a los cambios-, la deficiente regulación de los mecanismos de flexibilidad interna, -lo que desemboca en muchas ocasiones en la preferencia por las reestructuraciones empresariales-, la inadecuada solución a las situaciones de bloqueo en procesos negociales, -lo que conducía a que se siguieran aplicando convenios y regulaciones desfasadas-, los de una estructura de negociación sin la debida racionalidad y poco acorde a las necesidades de adaptación a los cambios así como a la estructura empresarial, o los de una deficiente estructura salarial que *“no logra convertirse en un instrumento de potenciación de las empresas más competitivas”* <sup>14</sup>.

En este contexto, los propios interlocutores sociales eran conscientes de las insuficiencias, sobre todo en la materia de la necesaria adaptabilidad del convenio.

Así se desprende sin mayor dificultad del propio diálogo social en los últimos años, acuerdos interconfederales en los que se constata una evidente preocupación por las cuestiones relacionadas con la articulación y la adaptabilidad negociales <sup>15</sup>. El diagnóstico era común y recurrente, conviniendo los agentes sociales en la necesidad de proceder a la reforma de la negociación colectiva en materias clave como las de la potenciación del ámbito de empresa, de los instrumentos de flexibilidad interna o de los mecanismos para la solución de controversias en bloqueos de negociación. Y en este contexto la institución del descuelgue regulada en el art. 82.3 ET cobra sin duda renovado protagonismo.

---

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p. 166 y ss: partiendo de la que *“existe en la doctrina laboralista española un cierto grado de convergencia en la identificación de numerosos defectos en su régimen jurídico y en su efectiva aplicación”*... *“El resultado, tras más de tres décadas de funcionamiento del sistema en este contexto, es una combinación de elementos positivos y negativos, algunos existentes en la propia regulación legal y otros nacidos en la práctica de la negociación”*

<sup>14</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 21 y 22: *“En términos generales, se puede afirmar que todo lo anterior, constituyen elementos negativos que a nuestro juicio acaban perjudicando a los intereses de ambas partes, por cuanto que la negociación colectiva no logra tener la eficacia práctica buscada en la atención a los intereses de las partes”*

<sup>15</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 19

Si nos remitimos al primero de aquéllos acuerdos <sup>16</sup>, las partes negociadoras coincidían en la necesidad de acudir a los mecanismos de flexibilidad interna como instrumentos idóneos para el mantenimiento del empleo y de la actividad productiva, bajo la premisa de que la negociación colectiva era el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva y el ámbito apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas, resultando necesaria la definición de mecanismos de adaptación a las necesidades de los trabajadores, las empresas y sectores productivos y la mejora de la productividad. Pese a ello, en lo que se refiere a la inaplicación, el legislador de urgencia de 2010 entendió necesaria una intervención unilateral al considerar que no era posible mantener una regulación legal que conducía a situaciones de bloqueo no deseadas por el ordenamiento jurídico para los casos de desacuerdo, resultando esencial habilitar procedimientos para la resolución de las discrepancias, propiciando la aplicación de medidas de flexibilidad interna de carácter no traumático como mecanismo de utilización preferente frente al recurso a la destrucción de puestos de trabajo <sup>17</sup>. El papel protagonista del descuelgue en este sentido no resultaba discutible.

En esta línea, en el documento por el que se materializaba el Acuerdo Social y Económico alcanzado entre las Organizaciones Sindicales y Empresariales más representativas en el proceso de diálogo social elaborado en febrero de 2011 <sup>18</sup>, expresamente se declaraba el compromiso de las partes firmantes en abordar la reforma de la negociación colectiva en materias básicas como las de la potenciación de la negociación colectiva en el ámbito de la empresa, la efectividad de las medidas de flexibilidad interna, con una mayor participación de los representantes de los trabajadores como formas de garantizar su eficacia, la dinamización de la negociación colectiva respecto de los procesos negociadores y de sus contenidos, o las de apoyar una mejor gestión y administración permanente de los convenios colectivos durante su vigencia, potenciando los instrumentos de consulta, interpretación, solución de discrepancias, propuestas de mejora y medios de solución extrajudicial de los conflictos.

En este contexto, y ante la insuficiencia de las reformas llevadas a cabo en el año 2010, el legislador del 2011 efectúa una profunda revisión en el sistema de negociación colectiva, quizá la de mayor calado desde la promulgación del inicial Estatuto de los Trabajadores. El objetivo se centra en introducir mayores niveles de agilidad y dinamismo tanto en los procesos de negociación de los convenios colectivos como en sus contenidos, así como en aumentar su capacidad de adaptabilidad a los cambios en la situación económica y sociolaboral en unos términos que equilibraran flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores <sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012, de 9 de febrero de 2010, BOE nº 46, de 22 de febrero de 2010

<sup>17</sup> Apartado II de la Exposición de motivos del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

<sup>18</sup> Capítulo VI del Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011 intitulado -Acuerdo bipartito entre las Organizaciones Sindicales y Empresariales sobre criterios básicos para la reforma de la negociación colectiva

<sup>19</sup> Exposición de motivos del Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

En este modelo, el convenio se configura como un instrumento moldeable en permanente variación; en definitiva, en un acuerdo coyuntural <sup>20</sup>.

Fruto del compromiso alcanzado en el Acuerdo Social y Económico de febrero de 2011, pero también de la necesidad de adaptación del sistema a la profunda reforma en materia de negociación colectiva efectuada unilateralmente por el Gobierno en junio de 2011, los interlocutores sociales suscribieron un nuevo Acuerdo en enero de 2012 en el que de manera indisimulada mostraban nuevamente su preocupación por aspectos tan relevantes como los de la descentralización de la negociación colectiva en el ámbito de la empresa o la flexibilidad interna <sup>21</sup>. En consecuencia, en el citado Acuerdo se dedica expresamente un Capítulo I a la materia de la estructura de la negociación colectiva y a la flexibilidad interna y un Capítulo IV expresamente a la inaplicación negociada en la empresa de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales, apostando de manera decidida por la descentralización de la negociación colectiva <sup>22</sup>.

A estas alturas el papel protagonista de la figura del descuelgue de convenio en el modelo resulta ya indiscutible.

El denominador común residía en la necesidad de reforzar los mecanismos de adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las reales necesidades de las empresas. Y en éste contexto, la descentralización de la negociación hacia el ámbito de la empresa se convierte en el instrumento más flexible para la gestión de los recursos humanos <sup>23</sup>. Es, por tanto, en el nivel de empresa en el que se focalizan buena parte de las medidas reformadoras. Y en este

---

<sup>20</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: “Negociación colectiva y sistemas de solución de conflictos”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 294 y 295: “Una afirmación que es una más que evidente declaración de intenciones acerca del modelo de negociación que precisamente se quiere fortalecer; uno en el que el convenio colectivo no sólo sea el fruto garantizado de un proceso negocial, sino que además se configure como un instrumento moldeable, en permanente variación en cuanto se produzcan circunstancias que así pudieran aconsejarlo. O en otros términos, que el convenio colectivo tenga una naturaleza de estabilidad como marco de ordenación, pero de variabilidad en cuanto a su contenido.”

<sup>21</sup> El Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014, de 25 de enero de 2012, BOE de 6 de febrero.

<sup>22</sup> En materia de estructuración y descentralización de la negociación colectiva, introducción del Acuerdo, “Como aspectos más novedosos del II Acuerdo hay que señalar el capítulo de estructura de la negociación colectiva y flexibilidad interna. En esta materia, los convenios sectoriales de ámbito estatal o, en su defecto, de Comunidad Autónoma deben desarrollar las reglas de articulación y vertebración que han de regir la estructura de la negociación colectiva apostando por la descentralización. Esta descentralización significa que los convenios sectoriales deberán propiciar la negociación en la empresa, a iniciativa de las partes afectadas, de jornada, funciones y salarios por ser el ámbito más adecuado para configurar estas materias.”

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p. 171, “el convenio de empresa es un instrumento más flexible (en manos del empresario, pero también de los trabajadores, obviamente) de gestión de los recursos humanos. Una articulación entre las reglas establecidas entre éste y el sectorial es con seguridad una solución razonable, al atribuir al ámbito más amplio la regulación de cuestiones comunes y al de empresa las mejor adaptadas a ésta”.



propósito, se requiere que la negociación sectorial deje un espacio de autonomía al ámbito empresarial<sup>24</sup>.

En este escenario, el legislador del 2012 vuelve a incidir sobre los aspectos nucleares mencionados, en lo que supone un paso más en el proceso ya iniciado en el 2010 y materializado en el 2011, dato éste básico que no debe olvidarse para valorar la reforma con la perspectiva adecuada<sup>25</sup>. Por mucho que se produzca un cambio cualitativo<sup>26</sup>, la reforma del 2012 se presenta como un continuo. En consecuencia, el legislador de 2012 trata de avanzar en el proceso y ofrecer nuevas soluciones, fundamentalmente como decimos en lo que se refiere a la denominada “gestión del desacuerdo” en los descuelgues, buscando nuevas orientaciones frente al evidente fracaso de opciones normativas anteriores<sup>27</sup>.

No hay en este sentido ruptura entre las anteriores reformas y la del 2012, mucho menos desplazamiento del objeto del tradicional Derecho del Trabajo a la tutela de la empresa y de la productividad<sup>28</sup> o erosión del poder contractual colectivo de los trabajadores<sup>29</sup>. Es cierto que el legislador opta por acentuar la técnica de la imperatividad en la regulación de determinadas

---

<sup>24</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 19

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p. 171, que el proceso se inició en sus primeros pasos con la reforma de 2010 constituye “Un dato básico que no debe olvidarse para valorarla con la perspectiva adecuada”.

<sup>26</sup> Para CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 43 y 44, el alcance de la reforma del 2012 en materia de inaplicación de convenio, a pesar de que en un primer momento podría parecer que constituye un cierto hilo conductor con las precedentes, limitándose a profundizar en la misma línea, “*comporta un cambio cualitativo de envergadura, en la medida en que ya no queda garantizado que el mecanismo de descuelgue se incardine en la lógica de la flexibilidad negociada*”. No creemos que una y otra conclusión resulten incompatibles

<sup>27</sup> MERCADER UGUINA, J.: “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en GARCÍA-PERROTE. I Y MERCADER, J. (dirs.), *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 355: “*El cambio era necesario y había de afectar, quizás más que a ningún otro, al ámbito de la negociación colectiva*”.

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Flexibilidad interna y externa en el Real decreto Ley 3/2012”, *Diariolaley.es*, nº 7833, año 2012, p. 1, hasta el punto de que “*en puridad el RDL 3/2012 no puede calificarse como una medida de política social sino como una medida de política económica...*”.

<sup>29</sup> Como sin duda de manera excesivamente apasionada se proclama desde algún sector doctrinal, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 48 y 49. Para el autor la reforma supone la erosión del poder contractual colectivo de los trabajadores, visible en las modificaciones legislativas del sistema de negociación colectiva en aspectos institucionales básicos como los de la inaplicación en la empresa de condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos o en la configuración legal de la prioridad aplicativa del convenio de empresa como regla absoluta, que supone la degradación de la negociación colectiva sectorial de condiciones de trabajo y, con ella, “*la erosión del propio sistema institucional de negociación colectiva*”, -p. 48- “*Y, como consecuencia de todo ello, en fin, el desplazamiento sensible de la línea de equilibrio del modelo laboral en vigor hacia el territorio de los intereses empresariales*”, -p. 49-.

instituciones en una vocación claramente ordenadora <sup>30</sup>, pero ello en modo alguno supone romper con el *continuum* de las reformas, más aún cuando esta política “dirigista” se percibía también claramente desde la reforma de junio de 2011 <sup>31</sup>: se trata de dos fases de un mismo proceso progresivo de adaptación y transformación del sistema de negociación colectiva, no de reformas contrapuestas o divergentes, bien es cierto que intensificadas en el 2012 <sup>32</sup>.

Nos encontramos ante un modelo de “*articulación legal inducida de la negociación colectiva*”, modelo en el que la negociación en el ámbito de la empresa “*posee una importante función de adaptación y ajuste a la realidad empresarial con un neto objetivo de obtener una mejora de la competitividad y un incremento de la productividad*” <sup>33</sup>.

Las líneas esenciales de la reforma del año anterior se mantienen, si bien no resulta discutible que se llega más lejos en puntuales cuestiones <sup>34</sup>, por ejemplo, “gestión del desacuerdo”.

Y en este modelo, se percibe una evidente conexión entre los procesos de diálogo social y la reforma laboral del 2012, a la vista de la clara sintonía entre los titulares de la potestad legislativa y los agentes sociales en el plano de los fines y propósitos, tal vez más allá de lo que en una primera impresión pudiera parecer <sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> Frente a la más característica técnica de la supletoriedad de la regulación del 2011, CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 32

<sup>31</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 4: las recientes reformas legislativas mantienen una política del derecho iniciada en la Ley 11/1994, de ampliación del protagonismo de la negociación y de repliegue legislativo en la regulación de las condiciones de trabajo, “*pero también se percibe paralelamente desde 2011 una política dirigista del sistema negocial*”.

<sup>32</sup> MARTÍNEZ MORENO, C.: “Políticas sociolaborales: el modelo de relaciones laborales en España (I)”, en “Políticas laborales: el modelo de relaciones laborales en España (I)”, en AA.VV. *Políticas Sociolaborales*, CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup>. B. y CABEZA PEREIRO, J., Civitas, 1<sup>a</sup> Edición, Pamplona, 2014, pág. 144.

<sup>33</sup> MERCADER UGUINA, J.: “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en GARCÍA-PERROTE. I Y MERCADER, J. (dirs.), *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 374 y 375.

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Flexibilidad interna y externa en el Real decreto Ley 3/2012”, *Diariolaley.es*, nº 7833, año 2012, p. 10 y 11: *Sin alterar las líneas sustanciales de la reforma de 2011, se ha llegado mucho más lejos, y se han introducido algunos elementos nuevos que pueden limitar los espacios de la autonomía colectiva, dificultar los procesos de articulación de los convenios colectivos y abrir vías para la rebaja y deterioro de las condiciones salariales y de trabajo de los trabajadores reflejando también la sensible pérdida del poder sindical en la crisis*”.

<sup>35</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “Una Reforma Laboral paralela: los acuerdos interprofesionales del año 2012”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, año 2012, p. 303: *Y en este sentido cabe decir que entre los procesos de reforma laboral desarrollados en nuestro país durante el período 2010-2012 y la actividad de diálogo interprofesional desenvuelta en ese mismo tramo temporal es posible encontrar muchos puntos de contacto; tal vez más de los que una primera impresión pudiera deparar. La flexibilidad interna y el relanzamiento de la empresa como ámbito principal de negociación son, por ejemplo, objetivos comunes a la reforma laboral y al AENC. La especial atención a la renovación puntual y periódica de los convenios colectivos y el deseo explícito de facilitar la superación de eventuales situaciones de bloqueo son, por otro lado, datos presentes tanto en las reformas legales de los últimos tiempos como en la renovación del acuerdo de solución de conflictos laborales (ASAC). No puede negarse*

En este sentido, *“A diferencia del que suele llamarse “tripartito”, esta otra clase de diálogo social sí procuró en efecto resultados relevantes para la ordenación de nuestro sistema de relaciones laborales durante todo ese periodo; unos frutos que puede que hayan quedado un tanto oscurecidos por el fragor y el impacto social de la reforma legislativa, pero que no deben menospreciarse en absoluto, y que probablemente alcanzarán mayor y mejor valoración con el paso de los meses”*<sup>36</sup>.

En este sentido, la descentralización de la negociación colectiva propuesta desde el ámbito interconfederal supone uno de los mayores puntos de coincidencia con las reformas laborales de los últimos años, descentralización hacia el nivel de la empresa de la negociación colectiva que se consigue a través de dos piezas normativas complementarias<sup>37</sup>, “varios escenarios normativos” pero siempre con el mismo fundamento: posibilitar la adaptación de la regulación colectiva de condiciones de trabajo a las exigencias de flexibilidad interna en la empresa, en lo que se califica como un nuevo modelo de la negociación colectiva<sup>38</sup>.

El objetivo es el de que la negociación colectiva pueda ser un instrumento útil para avanzar en la flexibilidad interna.

Y en este *desiderátum*, la figura de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo encuentra su máximo protagonismo, convirtiéndose probablemente en la técnica más eficiente para la consecución de la finalidad prevista en la norma<sup>39</sup>, de ahí la importancia del estudio de su régimen legal.

---

*la distancia existente entre la puesta en marcha de la reformas laborales de los últimos años y la posición mantenida al respecto por los interlocutores sociales (especialmente por los sindicatos), pero la consulta de los acuerdos bilaterales alcanzados en este periodo permite detectar muchos puntos de intersección o aproximación entre esa intervención legal reformadora y la actividad de negociación colectiva que mientras tanto se ha desplegado en el mencionado ámbito interprofesional”*

<sup>36</sup> Literalmente, reproducimos argumento de GARCÍA MURCIA, J.: “Una Reforma Laboral paralela: los acuerdos interprofesionales del año 2012”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, año 2012, p. 301.

<sup>37</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimosegunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 2013, p. 379: “El principio de prioridad aplicativa al convenio o acuerdo de empresa, introducido por el RD-L 7/2011 y reforzado y ampliado en la Ley 3/2012, consta de dos piezas normativas complementarias. Una es la preferencia al convenio de empresa, en caso de concurrencia con un convenio de ámbito superior, respecto de las principales materias de la negociación colectiva; y la otra, la potestad del empresario y de los representantes de los trabajadores a nivel de empresa de acordar en determinadas circunstancias la inaplicación o desvinculación de un convenio colectivo sectorial respecto también de los contenidos más significativos de la negociación colectiva (art. 82.3 ET, redacción Ley 3/2012). Este principio de prioridad aplicativa al convenio o acuerdo de empresa encuentra un sólido fundamento en la protección de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad (art. 38.1 CE), que favorece el reconocimiento de preferencia a la negociación colectiva de empresa en las materias nucleares de la gestión de personal”.

<sup>38</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 17 y 18.

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 12 y 13.

Este papel protagonista en el proceso del diálogo social de la institución de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo, en el contexto de la potenciación de las medidas de flexibilidad interna y de la descentralización de la negociación colectiva hacia el ámbito de la empresa como vía para facilitar la adaptación de las condiciones de trabajo, se confirma recientemente con la suscripción del Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para el período 2015, 2016 y 2017 . En este sentido, en su Capítulo IV, en plena sintonía con las medidas legales, los interlocutores sociales ahondan en la necesidad de optar por los mecanismos de adaptación internos, mandatando a la negociación colectiva para la previsión de las herramientas de flexibilidad interna en un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresa y seguridad para los trabajadores, entre otros, previendo expresamente procedimientos para la inaplicación de condiciones pactadas en convenios <sup>40</sup>

Apuntados los motivos que nos conducen a la elaboración del presente estudio, contextualizada la figura legal en el proceso reformador, y señalados igualmente los puntos de convergencia entre intervención legislativa y el proceso de diálogo social, efectuamos a continuación una somera referencia a las materias sobre las que vamos a centrar nuestro análisis del régimen jurídico de la institución.

Así, como punto de partida, resulta necesario indagar en la naturaleza jurídica de la institución, cuestión que se complica desde una doble perspectiva. Primero, porque la inaplicación va a poder serlo como consecuencia de un acuerdo alcanzado entre las partes durante el procedimiento de negociación, pero también fruto de una decisión sustitutiva en la denominada gestión del desacuerdo en alguno de los procedimientos de solución autónoma de conflictos previstos en la norma. Segundo, porque en el supuesto de no ser posible el acuerdo, de no resultar aplicables los procedimientos de solución autónoma de la controversia, o en el de no haberse resuelto en estos últimos, va a resultar posible que la inaplicación lo sea como consecuencia de una decisión dictada en su seno o mediante árbitro designado al efecto por un órgano tripartito, en lo que supone una solución heterónoma del conflicto. En este sentido, la naturaleza que entendamos predicable del acuerdo o de la decisión sustitutiva en su caso va a condicionar la interpretación en cuestiones referidas, por ejemplo, a la impugnación o a la propia revisión del acuerdo de descuelgue o decisión sustitutiva.

Por otra parte, en la institución del descuelgue ex art. 82.3 ET nos encontramos ante una figura prevista legalmente para excepcionar temporalmente la aplicación de condiciones de trabajo pactadas en el producto de la autonomía colectiva en la más alta de sus manifestaciones. En este sentido, la regulación legal presenta en principio un alcance exclusivo y excluyente limitado al convenio colectivo estatutario del Título III ET.

No obstante, siendo cierta esta afirmación, no lo es menos la de que se plantean serias dudas en relación a la obligatoriedad de extender la aplicación de la figura a otros productos de la autonomía colectiva estatutarios a los que, sin ser convenios colectivos propiamente dichos, el

---

<sup>40</sup> Visado del Preacuerdo del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva -III AENC- años 2015, 2016 y 2017 suscrito en Madrid a fecha 14 de mayo de 2015 entre los representantes de CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, en el que se abordan un conjunto de materias en el objetivo de orientar la negociación colectiva, Acuerdo finalmente suscrito en Madrid a 9 de junio de 2015.

legislador equipara en eficacia y tratamiento. Por ejemplo, acuerdos sobre materias concretas, o alcanzados en mediación en conflictos de interpretación y aplicación del convenio, o acuerdos fin de huelga, etc... O a otros acuerdos colectivos igualmente previstos en el Título III del ET, por ejemplo, inaplicación de un acuerdo de descuelgue, o de un acuerdo de revisión parcial de convenio colectivo *ex art. 86 ET*.

Más allá, siempre dentro del ámbito de aplicación de la figura legal, debemos resolver los interrogantes que se plantean en relación con la aplicabilidad o no de la institución de la figura del descuelgue *ex art. 82.3 ET* a convenios colectivos o acuerdos del sector público.

Avanzando en la cuestión, el legislador parte de un modelo de negociación colectiva en el que se ha optado por revestir al convenio colectivo de una eficacia jurídica normativa y alcance personal general. No es discutible que la figura de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio se presenta por tanto en la norma como una excepción temporal a la fuerza vinculante del convenio. Y en este sentido, como no podía ser de otro modo, la excepción a la regla general exige como presupuesto habilitante y condicionante la actualización en la empresa de determinadas razones habilitantes.

Siendo así, resulta necesario delimitar no sólo las cuestiones relacionadas con la propia conceptualización de las causas sino más allá las relacionadas con su ámbito de apreciación, si la empresa en su conjunto o el centro de trabajo, fundamentalmente en el supuesto de aducirse razones económicas, valorando expresamente la problemática en el escenario de grupos de empresas o de empresas agrupadas por razones comerciales.

Por otra parte, la figura de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo se diferencia del resto de las medidas de flexibilidad interna y externa diseñadas en la norma fundamentalmente en la necesidad de llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, acuerdo que se articula sobre la premisa de una negociación previa a través de un procedimiento colectivo que se desarrollará, en su caso, en diferentes fases.

En este sentido, se plantean importantes problemas interpretativos en materia de procedimiento. Entre otros, en las cuestiones relacionadas con la constitución de la propia comisión negociadora representativa de los trabajadores, fundamentalmente de las denominadas empresas multiformes con pluralidad de centros de trabajo, en la materia relacionada con los sujetos legitimados para la negociación, o con las exigentes obligaciones de información y documentación. Más aún cuando la pretendida, y no compartida, mayor liviandad de las causas ha derivado en muchas ocasiones el debate hacia la impugnación de las medidas por supuestos incumplimientos formales procedimentales en un escenario de considerable inseguridad jurídica, de ahí la necesaria intervención legal en la materia en la última de las reformas llevadas a cabo en agosto de 2013 y febrero de 2014.

Una vez constatada en su caso la imposibilidad de llegar a un acuerdo durante el preceptivo período de consultas, el legislador diseña en la norma toda una batería de medidas conducentes al desbloqueo de la negociación en la denominada “gestión del desacuerdo”. En este sentido, en el esquema legal se prevé una potestativa segunda fase del procedimiento ante la comisión paritaria del convenio colectivo, una tercera ante los órganos de solución

autónoma de conflictos creados mediante acuerdos interprofesionales *ex art. 83 ET* y, como novedad en la reforma del 2012, una cuarta y última fase subsidiaria de las anteriores y de último grado que se desarrollará ante determinados órganos de composición tripartita, en un procedimiento de solución heterónoma del conflicto. Son numerosos los problemas interpretativos que se plantean con la intervención de estos órganos en la solución del conflicto, cuestiones que en algún supuesto han llevado al planteamiento de recursos de inconstitucionalidad.

Alcanzado el acuerdo, o decidida la inaplicación en un procedimiento de solución autónoma o heterónoma, resulta igualmente necesario que hagamos referencia a las cuestiones relacionadas con el propio acuerdo de descuelgue o con la decisión sustitutiva, no sólo en lo que concierne a su eficacia jurídica y personal, sino también en relación a su posible ámbito de aplicación, alcance temporal o contenido, incluyendo la problemática que se plantea en relación con la posibilidad de aplicación de un acuerdo de descuelgue o decisión sustitutiva en un nivel inferior al de la empresa, por ejemplo, en un concreto centro de trabajo, o a un grupo o colectivo determinado de trabajadores identificables en cuanto tal.

Por último, para terminar con el análisis de la figura legal, va a resultar necesario que nos detengamos en examinar determinadas cuestiones referidas a la posible impugnación del descuelgue.

En este sentido, la posibilidad de que el acuerdo o la decisión sustitutiva sea alcanzado, o decidido, en diferentes fases a lo largo del procedimiento, va a complicar sobremanera la cuestión, fundamentalmente por la diferente redacción legal en función de uno u otro escenario y por la recepción expresa en la norma de determinada presunción y consecuente control judicial tasado en el supuesto de acuerdo alcanzado en el período de consultas. Más allá de la posible impugnación del acuerdo o decisión de inaplicación, también se plantean igualmente interrogantes en relación con la posibilidad de impugnación de los actos llevados a cabo por el empresario en aplicación de aquél acuerdo o decisión sustitutiva. Resultando igualmente necesario referirnos a las cuestiones relacionadas estrictamente con la esfera procesal, fundamentalmente, modalidad procesal aplicable en unos y otros supuestos o cuestiones relacionadas con la propia legitimación.

Para terminar, en lo que concierne a la metodología seguida para la elaboración del presente trabajo, como hemos apuntado al comienzo de esta introducción, partimos del análisis del texto vigente de la normativa de aplicación en una necesaria perspectiva histórica de su evolución legal a la luz de las últimas reformas laborales. Análisis que se efectúa teniendo en cuenta las importantes aportaciones en trabajos doctrinales sobre la materia realizadas con anterioridad y con posterioridad a la reforma del 2012.

Más allá de la evolución legal de la institución, no resulta posible efectuar un acercamiento completo a la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo si no es situando a la figura legal en el contexto del resto de reformas en materia de negociación colectiva llevadas a cabo en los últimos años. De esta manera, a lo largo de este trabajo van a resultar recurrentes las referencias a otras instituciones diseñadas igualmente con la finalidad de amparar la adaptabilidad de las condiciones de trabajo en el ámbito de la empresa, señaladamente,

preferencia aplicativa del convenio de empresa *ex art. 84.2 ET* o posibilidad de revisión *ante tempus* del convenio *ex art. 86 ET*.

Y en este proceso, en la exégesis del precepto legal, papel destacado en la toma de nuestra posición la aportación efectuada por la jurisprudencia y doctrina judicial. Y no sólo en lo que concierne a los más recientes criterios interpretativos en relación con las novedades legales, sino también en relación con consolidada doctrina en determinadas materias.

En este sentido, a la hora de concluir acerca de la naturaleza de la institución en cuanto producto de la autonomía colectiva, va a resultar clave el apoyo en una muy consolidada jurisprudencia constitucional en lo que se refiere al modelo de negociación colectiva *ex art. 37 CE*, modelo “abierto” en el que, si bien no se discute la eficacia directa *ex constitutione* del derecho a la autonomía colectiva, en cuanto garantía institucional se otorga papel protagonista a su desarrollo legal. De la misma manera, a la hora de referirnos a la eficacia jurídica y personal del acuerdo o de la decisión sustitutiva, resultará igualmente necesario remitirnos a la rigorista jurisprudencia del Supremo en lo que se refiere a la eficacia jurídica de aquéllos productos colectivos negociados al margen de los requisitos y formalidades del convenio. Por no hablar del bloque de jurisprudencia ordinaria y constitucional en materia de arbitrajes laborales.

De la misma manera, se analiza igualmente la doctrina derivada de las decisiones y de los laudos arbitrales dictados en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en la cuarta y última fase del procedimiento en la gestión del desacuerdo, criterios que sirven de guía en nuestra labor interpretadora. Y siempre a la vista de los datos estadísticos extraídos del Observatorio de la Negociación Colectiva, no sólo en lo que se refiere a la concreta materia de la inaplicación, más allá, en referencia también a la negociación colectiva en cuanto tal.

Por último, de manera puntual se efectúan referencias a concretas regulaciones específicas. Por ejemplo, normativa promulgada a nivel autonómico en el desarrollo reglamentario de la competencia en materia decisoria del órgano tripartito o, por ejemplo, referencias expresas a determinadas regulaciones contenidas en convenios colectivos en desarrollo de las facultades conferidas legalmente o incluso en acuerdos interprofesionales para la solución autónoma de conflictos.

## **1.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DESCUELQUE DE CONVENIO COLECTIVO**

Hablar de inaplicación del convenio colectivo es, en su versión primera y esencial, hablar de autonomía colectiva en el ámbito de la empresa, de negociación colectiva en cuanto género.

Ahora bien, a la hora de referirnos a la naturaleza jurídica de la institución, debemos tener presente que el resultado del proceso negociador en que va a consistir el descuelgue va a poder serlo como consecuencia de un acuerdo alcanzado entre las partes negociadoras en el denominado período de consultas, pero también como resultado de un acuerdo alcanzado en las sucesivas fases del procedimiento en la denominada “gestión del desacuerdo”: bien ante la comisión paritaria del convenio colectivo, bien en el seno de los órganos de solución autónoma de conflictos creados mediante acuerdos estatales o autonómicos ex art. 83 ET.

A mayor abundamiento, el propio convenio podría haber regulado su propio procedimiento para la solución de la discrepancia ex art. 85.1 c) ET <sup>41</sup>, posibilidad ésta que no debe pasar desapercibida tal y como nos recuerda el propio Tribunal Constitucional en su enjuiciamiento sobre la constitucionalidad de la decisión arbitral en la última fase del procedimiento <sup>42</sup>.

En todos estos supuestos, no resulta cuestionable que nos encontramos ante una manifestación de la autonomía colectiva del art. 37 CE.

Incluso más allá de la solución consensuada, en aquéllos casos en los que no hubiera sido posible alcanzar el preceptivo acuerdo, el legislador prevé expresamente en la norma la posibilidad de que las propias partes negociadoras, en uso de su autonomía colectiva, sometan la solución de la discrepancia a la decisión de un tercero, bien ante la propia comisión paritaria del convenio, bien ante los órganos bipartitos de solución autónoma de conflictos creados mediante acuerdos interprofesionales ex art. 83 ET a los que acabamos de hacer referencia.

---

<sup>41</sup> Art. 85.3. c) ET: “ Sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refiere el párrafo anterior, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente: ... c) Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3 , adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo.”

<sup>42</sup> A propósito del ajuste constitucional de la medida de la posible resolución de la discrepancia en descuelgues ante la CCNCC o árbitro designado al efecto, el Pleno de la Sala del Tribunal Constitucional, en su Sentencia en recurso de inconstitucionalidad 5603/2012 contra la Ley 3/2012 de reforma laboral, a la hora de ponderar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, incide en el carácter subsidiario de su intervención, remarcando expresamente el refuerzo de la norma en cuanto a las posibilidades de solución autónoma aludiendo expresamente en este sentido a las posibilidades del art. 85.3 c) ET: “Es más, el art. 85.3 LET dispone que los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo “procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3”, previsión que de nuevo constituye una medida adicional del legislador para propiciar que la autonomía colectiva soslaye la actuación de decisión o arbitraje aquí controvertida.”



En este escenario, la inaplicación del convenio colectivo ya no lo será como consecuencia de un acuerdo en sentido estricto sino de la decisión de un tercero ajeno a las partes negociadoras. Lo que no obsta a nuestro juicio para seguir concluyendo que nos encontramos igualmente ante un producto fruto de la autonomía colectiva ex art. 37 CE, en la medida en que se trataría de una solución autónoma del conflicto previamente “autocompuesta” por las partes negociadoras en uso de su autonomía colectiva <sup>43</sup>.

No obstante, la cuestión de la naturaleza jurídica de la institución de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo se complica. De este modo, es posible que, en una última fase del procedimiento en la denominada “gestión del desacuerdo”, el descuelgue se lleve a término como consecuencia de una decisión dictada por un tercero como consecuencia de un mecanismo de solución heterónoma del conflicto. Solución del conflicto previa solicitud de una sola de las partes, normalmente el empresario, mediante una decisión dictada bien en el seno de un órgano tripartito, estatal o autonómico, bien mediante laudo por árbitro designado al efecto.

Cierto es que la realidad de los datos demuestra que la gran mayoría de los descuelgues de convenio colectivo se actualizan como consecuencia de un acuerdo alcanzado en el período de consultas. En concreto, el 95,8 por 100 de todas las inaplicaciones de convenio depositadas desde la entrada en vigor de la reforma laboral hasta 31 de diciembre de 2014 se acuerdan en el período de consultas, elevándose la cifra hasta casi el 99 por 100 si computamos también los acuerdos suscritos en comisiones paritarias o ante órganos de solución autónoma de conflictos en la correspondiente mediación. Por el contrario, menos del 1 por 100 de los descuelgues se ejecutan como consecuencia de una decisión heterónoma en el órgano tripartito en la última fase del procedimiento según las últimas estadísticas desglosadas disponibles <sup>44</sup>.

En todo caso, pese a su incidencia práctica residual, la naturaleza jurídica de la decisión en la cuarta y última fase de la solución de la controversia es a todas luces diferente de la del acuerdo de descuelgue alcanzado en las fases anteriores, lo que exige que nos detengamos separadamente en el análisis de uno y otro supuesto.

---

<sup>43</sup> En este punto, para una mayor comprensión de la cuestión, nos remitimos expresamente al Capítulo dedicado a la gestión del desacuerdo tanto en lo que se refiere a la posibilidad de la actuación dirimente de la comisión paritaria a iniciativa de una de las partes en conflicto como en lo que se refiere a la validez de la suscripción de compromisos arbitrales “en frío” en convenio colectivo o en acuerdos interprofesionales de solución autónoma de los conflictos ex art. 83.3 ET.

<sup>44</sup> El 95,8 por 100 de los descuelgues lo son por acuerdo alcanzado en el período de consultas, Boletín Observatorio de la negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos nº 47 enero-febrero 2015, p. 3. Si comprobamos los acuerdos en el total de las fases, según las últimas estadísticas completas disponibles a fecha 31 de agosto de 2014, de un total de 4.893 inaplicaciones de convenios llevadas a cabo desde la promulgación reforma laboral, en el año 2013, el 90,7 por 100 de los descuelgues se resolvieron mediante acuerdo alcanzado en el período de consultas, el 4,9 por 100 lo fue por acuerdo en comisión paritaria del convenio y el 3 por 100 en mediación ante órgano de solución autónoma de conflictos, habiendo sido el 0,5 por 100 decidido mediante laudo en órgano bipartito de solución autónoma de conflictos y el 0,8 por 100 por decisión en el seno de un órgano tripartito. (Datos extraídos del Boletín Observatorio de la negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos años 2012 a 2014)

## 1.1.- La naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue y de la decisión sustitutiva en procedimientos de solución autónoma

### 1.1.1.- El acuerdo de descuelgue de convenio colectivo como producto derivado de la autonomía colectiva

En una primera aproximación a la naturaleza jurídica de la institución, no parece cuestionable que en el supuesto del acuerdo de inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo nos encontramos ante un producto derivado de la autonomía colectiva <sup>45</sup>, ante una especie dentro del más amplio género de la negociación colectiva que, sin ser un convenio colectivo estatutario como tal, cuenta con el “*paraguas protector*” que le proporciona la cláusula general del art. 37 CE <sup>46</sup>, en cuanto adoptado a través de un acuerdo colectivo <sup>47</sup>.

En este debate, no resulta discutible que “*La facultad que poseen «los representantes de los trabajadores y empresarios» (art. 37.1 de la C.E.) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional*” <sup>48</sup>, así como que la fuerza vinculante de los convenios emana de la Constitución que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario <sup>49</sup>. En este debate, es reiterada la doctrina constitucional que concluye que

---

<sup>45</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 29. “*Estamos ante un instrumento fuerte de flexibilidad interna en las empresas, pero que está en clara conexión con la negociación colectiva. Es decir, no estamos ante un instrumento de gestión empresarial sino ante una expresión de la autonomía colectiva negociada*”.

<sup>46</sup> En este sentido, y a propósito de los acuerdos de empresa, GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, págs. 97 a 100.

<sup>47</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, 1996, pág. 21: los instrumentos del 41.2 3ª y del 82.3.2º ET, vienen a constituir un efectivo descuelgue de la regulación contenida en un convenio estatutario anterior, pero, en cuanto adoptados a través de un acuerdo colectivo, no son sino expresión de la autonomía colectiva reconocida en el art. 37.1 CE; de ahí que su ejercicio quede restringido a la concurrencia de estrictos requisitos sustantivos y procedimentales, garantizadores del respeto a la fuerza vinculante e inderogable del convenio colectivo.

<sup>48</sup> F.J. 3º Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 58/1985 de 30 abril: “...; **sí conviene indicar, no obstante, que el mandato que el art. 37.1 de la Constitución formula a la Ley de garantizar «la fuerza vinculante de los Convenios» no significa que esta fuerza venga atribuida ex lege. Antes al contrario, la misma emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los Convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario. La facultad que poseen «los representantes de los trabajadores y empresarios» (art. 37.1 de la C.E.) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional.**” (Negrita del que suscribe)

<sup>49</sup> En la misma línea, Tribunal Constitucional, Pleno, Auto número 85/2011 de 7 junio, cuestión de Inconstitucionalidad núm. 8173/2010, F.J. 7º: “**El derecho a la negociación colectiva se reconoce en el art. 37.1 CE, precepto ubicado en la sección segunda, que lleva por rúbrica «De los derechos y deberes de los ciudadanos»; del capítulo II, intitulado «Derechos y libertades», del título primero de la Constitución, que tiene por denominación «De los derechos y deberes fundamentales». Dispone aquel precepto que «[L]a Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios». No obstante el doble**

la opción legislativa por un convenio dotado de eficacia general no agota la virtualidad del precepto constitucional <sup>50</sup>.

Corolario de esta doctrina constitucional, con amparo en la cláusula genérica del art. 37 CE, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha concluido de manera categórica a favor de la posibilidad de concertación de otros productos de la autonomía colectiva más allá del convenio colectivo estatutario regulado en el Título III del ET, los denominados convenios colectivos extraestatutarios <sup>51</sup>.

Siendo así, de la jurisprudencia ordinaria y constitucional se impone una lectura en el sentido de la eficacia directa *ex constitutione* del derecho a la negociación colectiva <sup>52</sup>, considerándose

---

***mandato que el tenor del art. 37.1 CE dirige a la Ley de garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos, este Tribunal ha declarado que esa facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva «es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra expresión jurídica en el texto constitucional», así como que la fuerza vinculante de los convenios «emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario» (STC 58/1985, de 30 de abril [RTC 1985, 58], F. 3).»*** (Negrita del que suscribe)

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 73/1984, de fecha 27 de junio: “la legítima opción legislativa por un convenio dotado de eficacia general, que en todo caso no agota la virtualidad del precepto constitucional”

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de febrero de 2003: “**Tanto el Tribunal Constitucional como la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria coinciden en admitir, junto a los convenios colectivos de eficacia general regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, otros pactos, también colectivos, negociados al margen de las exigencias legales previstas para los estatutarios; desde un principio así lo entendió el Tribunal Constitucional, tal como se refleja en las sentencias 39/1986 (RTC 1986, 39), 104/1987 (RTC 1987, 104), 9/1988 (RTC 1988, 9) y la de 8 de junio de 1989, que vino a reconocer sin reservas la validez de los convenios extraestatutarios, al declarar que, «la negociación extraestatutaria está constitucionalmente protegida, al menos cuando quien negocia es un sindicato», y si bien los artículos 7 y 28.1 de la Constitución no cubren de manera explícita la negociación llevada a cabo por los representantes unitarios de los trabajadores, su reconocimiento a nivel de legalidad ordinaria se manifiesta de forma clara e incuestionable en el artículo 163.1 de la Ley de Procedimiento Laboral al permitir la impugnación de los convenios colectivos, «cualquiera que sea su eficacia», por lo que está aludiendo tanto a los convenios colectivos de eficacia «erga omnes» como a los convenios de eficacia limitada. En nuestra sentencia de 8 de junio de 1999 (RJ 1999, 5208) ya dijimos que «el artículo 37.1 de la Constitución ampara por igual a los convenios colectivos estatutarios y a los extraestatutarios». El pacto atípico o extraestatutario presupone un acuerdo plural entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, no ajustado a las exigencias del Título III del Estatuto de los Trabajadores, sino acogido genéricamente al artículo 37 de la Constitución, y al carecer en nuestro sistema positivo de otro soporte normativo específico y suficiente, se regirá por las normas generales de la contratación del Código Civil, con la aplicación necesaria de las reglas y principios del Derecho del Trabajo que confluyen en el caso. Así pues, el principio de libertad de contratación que informa nuestro derecho admite la posibilidad de ajustar acuerdos, individuales y colectivos, incluso cuando estos últimos se sitúen al margen del Título III ya aludido.»** (Negrita del que suscribe)

<sup>52</sup> En esta línea se había posicionado determinado sector doctrinal: OJEDA AVILÉS, A. *Derecho Sindical*, 1980: nos encontraríamos ante una “construcción bipolar”, en cuanto que el precepto del 37.1 CE reconocería un doble derecho, a una negociación colectiva genérica y a una específica constituida por los convenios vinculantes. Para ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La autonomía colectiva. Concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, AA.VV., *La reforma de la negociación colectiva*, (MANUEL R. ALARCÓN/SALVADOR DEL REY COORDINADORES), Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 59 y

el Título III del ET como mero desarrollo parcial del art. 37.1 CE <sup>53</sup>, descartándose mayoritariamente la posición de quienes habían defendido la necesidad de la intermediación legal <sup>54</sup>.

---

60, el art. 37.1 CE reconoce o consagra un solo derecho, el de negociación colectiva, y un mandato, la garantía por Ley de su ejercicio y fuerza vinculante, mandato que imponen en su regulación legal que se respete su contenido esencial ex. art. 53.1 CE. En este sentido, cuando el legislador en el ET se refiere a los “convenios colectivos regulados por esta Ley”, art. 82.3 ET, *“está a sensu contrario permitiendo que existan otros convenios, los extraestatutarios, cuyo régimen jurídico habría que buscarlo directamente en la Constitución, que tendría así un “efecto directo”, sin necesidad de ningún desarrollo legal”*, siendo ésta a juicio de ALARCÓN la doctrina que ha establecido el TC al respecto, STC 73/1984, de 27 de junio: *“la legítima opción legislativa por un convenio dotado de eficacia general, que en todo caso no agota la virtualidad del precepto constitucional”*. En parecidos términos, VALDÉS DAL-RE, F.: “La eficacia jurídica de los convenios colectivos”, *Temas Laborales*, nº 76/2004, págs. 41 a 44, para quien no es discutible la eficacia directa e inmediata del art. 37.1 CE pues en caso contrario el derecho quedaría reconducido al debilitado territorio de los principios rectores de la política social y económica.

<sup>53</sup> VALDÉS DAL RE, F.: “El paradigma legal en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 1990, p. 268: *“Sólo concebida la negociación colectiva estatutaria como modalidad negocial que no ha pretendido ni conseguido colmar el mandato constitucional, el Título III puede entenderse inmune al reproche de inconstitucionalidad que, de otro modo, habría recaído sobre él, de manera inexorable a mi juicio, al haber atribuido a ciertas organizaciones sindicales y exclusivamente a ellas el ejercicio de una de las expresiones funcionales básicas del principio de libertad sindical”*; o CORREA CARRASCO, M.: *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Boletín Oficial del Estado, BOE, año 1997, p. 293, quien entiende que *“considerar al Título III como el exclusivo desarrollo del modelo constitucional, no sólo sería incompatible con el consustancial pluralismo de este modelo, sino que acabaría desvirtuando la indiscutible superioridad de la norma constitucional sobre la legal...”*

<sup>54</sup> GALIANA MORENO, J.M<sup>a</sup>.: “La eficacia de los convenios colectivos en el derecho español del trabajo”, *La eficacia de los convenios colectivos, XIII Congreso Nacional de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Murcia 17 y 18 de mayo de 2002, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Informes y Estudios, Subdirección General de Publicaciones, Madrid 2003 , p. 49 y ss, no comparte la teoría de la autosuficiencia del art. 37.1 CE: *“carece de asentamiento sólido; es más, diría que supone una evidente distorsión de lo que en un análisis sosegado puede deducirse que dice la Constitución”*, p. 49. Para el autor, lo que clara y solamente contiene la CE es un mandato al legislador para que regule el derecho a la negociación colectiva, *“esto es, que lo articule, proporcionándole un cauce legal que sirva para su puesta en práctica y efectividad” ... “Pero no hace una proclamación expresa del mismo, al contrario de lo que ocurre con los derechos de libertad de sindicación y de huelga”* Y ése mandato constitucional, para GALIANA, ha sido desarrollado por el Título III del ET, *“que contiene el marco normativo de la negociación y de los convenios colectivos”... “Mientras los derechos de libertad sindical y huelga son objeto de reconocimiento expreso por la Constitución, que los regula como derechos fundamentales de protección máxima, el derecho de negociación colectiva, aún cuando de innegable emanación constitucional, sólo resulta implícitamente reconocido. Requiere, por ello, concretarse legalmente, lo que le sitúa en un escalón diferente de protección...”*. Anteriormente, en esta línea, MONTOYA MELGAR, A., en “Convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores”, *Boletín AEDIPE*, septiembre 1982, págs. 4 y ss: *“no reconociendo nuestro ordenamiento, según hemos intentado razonar, más convenios colectivos laborales que los que regula el Estatuto de los Trabajadores, la celebración de un convenio al margen de las prescripciones de éste sólo pueden tener una calificación jurídica: tal convenio carecería de un vicio de ilegalidad y, consiguientemente, sería merecedor de la tacha de nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil”*; DURÁN LÓPEZ, F.: “El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1990, p. 137, critica la teoría de la “eficacia directa” exponiendo que lo que ésta implica es que ese derecho con eficacia directa es invocable y ejercitable aunque no exista desarrollo legal del mismo, pero si se desarrolla, habrá que estar a los términos del mismo. Ciertamente es que algunas de estas posiciones se mantenían con anterioridad a la apertura del

En esta lectura de la norma constitucional, -“*posición de autosuficiencia del art. 37.1 CE*” -<sup>55</sup>, pese a la indeterminación del tenor literal y probablemente con el espaldarazo definitivo de la propia realidad negocial <sup>56</sup>, la negociación colectiva estatutaria del Título III del ET desarrolla pero no agota lo dispuesto en la Constitución <sup>57</sup>.

Por lo tanto, desde esta perspectiva, que el acuerdo de inaplicación no se corresponda exactamente con la figura del convenio colectivo estatutario en cuanto tal, no impide en modo alguno que lo consideremos igualmente como un producto de la autonomía colectiva ex art. 37 CE. Constituyendo el acuerdo de descuelgue una manifestación del derecho a la negociación colectiva, la unilateralidad queda de antemano descartada <sup>58</sup>. En el supuesto del descuelgue, la institución “*otorga mayor eficacia y promoción de la autonomía colectiva a todos los niveles*” <sup>59</sup>. La autonomía colectiva no deja aquí de ser protagonista, lo que se pretende “*es sustituir un poder colectivo por otro de idéntica naturaleza pero de diferente ámbito*”, en lo que se percibe más como un freno al recurso indiscriminado a la autonomía

---

modelo en materia de negociación colectiva iniciado a partir de la Ley 11/1994 y confirmado en las sucesivas reformas laborales hasta nuestros días.

<sup>55</sup> Así la califica GALIANA MORENO, J.M<sup>a</sup>. en su artículo “La eficacia de los convenios colectivos en el derecho español del trabajo”, *La eficacia de los convenios colectivos, XIII Congreso Nacional de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Murcia 17 y 18 de mayo de 2002, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Informes y Estudios, Subdirección General de Publicaciones, Madrid 2003 , p. 48, a pesar de estar en contra de la teoría pues para el autor el derecho a la negociación colectiva requiere una mediación legislativa al tratarse de un derecho eminentemente de desarrollo legislativo.

<sup>56</sup> Ya en pleno debate sobre la eficacia directa o no del art. 37 CE MONTALVO CORREA, J. “Relaciones laborales y Constitución: anotaciones a una década”, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, 1990, p. 307, con una indudable clarividencia se posicionaba en el sentido de que tanto la indeterminación del tenor literal y las propias exigencias de la realidad, comprometida con los requisitos de legitimación y quórum que establecía la Ley del 80, “*van a hacer necesaria una formulación más abierta y comprensiva de las vías y efectos de la negociación*”.

<sup>57</sup> CAMPS RUIZ, L.M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. (Coordinadores): *Derecho del Trabajo*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 81. Para los autores, el Título III es un desarrollo parcial del mandato constitucional del 37.1 CE pues según el Tribunal Constitucional, refieren las Sentencias número 73/1984, de 27 de junio , y 98/1985, de 29 de julio, es posible la negociación colectiva extraestatutaria al margen del ET desde la óptica de que todo sindicato tiene derecho a esta negociación extraestatutaria en aplicación del art. 2.2 d) LOLS.

<sup>58</sup> Ya en su momento PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. en “La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, 1996, págs. 419, a propósito de los acuerdos de modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, se posicionó en el sentido de que los acuerdos de empresa constituirían así un supuesto de negociación colectiva que, pese a no quedar sometido al procedimiento estricto del Título III ET, se beneficiarían de las notas definitorias propias del convenio estatutario, es decir, su eficacia general y normativa. Desde esta perspectiva, admitir la posibilidad de que el empresario modificara unilateralmente las condiciones incorporadas al mismo supondría un atentado directo al reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva.

<sup>59</sup> A propósito de los anteriores descuelgues de los arts. 41.2.3ª y 82.3 ET, pero plenamente aplicable a estos efectos a los acuerdos de descuelgue del vigente art. 82.3 ET, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, 1996, pág. 43, concluía en el sentido de que “*no se puede identificar esta normativa como un reforzamiento de los poderes empresariales, no se está usando de la autonomía individual entre trabajador y empresario, si se prefiere, de la imposición de la voluntad de este segundo para satisfacer intereses que no han encontrado cabida en la negociación colectiva. Lo que se prevé es la opción negociada de formalizar un pacto colectivo*”

individual o al reforzamiento de los poderes del empresario que como un ataque a la autonomía colectiva <sup>60</sup>.

En el procedimiento de inaplicación de condiciones pactadas en convenio no hay unilateralidad posible en la toma de la decisión <sup>61</sup>. En este sentido, nada tiene que ver el procedimiento para la inaplicación del convenio, en el que la bilateralidad y la exigencia de un acuerdo son presupuestos constitutivos, con el de aquéllos otros instrumentos de flexibilidad interna o externa de naturaleza colectiva en los que la decisión final queda en manos de la empresa, pese a imponerse en la norma la necesidad de entablar una negociación en el previo período de consultas. No ocurre lo mismo en el supuesto del descuelgue <sup>62</sup>. Desde esta simple perspectiva, no puede identificarse la potenciación de la negociación en el ámbito de la empresa con el gobierno exclusivo de esta última <sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, 1996, pág. 54.

<sup>61</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: "Los acuerdos de empresa", ponencia presentada a las *VIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, junio 1995, págs. 66 y 67, para quien la exclusión de la actuación unilateral de la empresa para el supuesto de desacuerdo y la imposibilidad de modificación por aceptación individual generalizada de una oferta de la empresa resultaba absolutamente congruente con la postura del TC en sus STC 92/1992, de 11 de junio y 105/1992, de 1 de julio: "Y por ello es lógico que, para salvar la eventual tacha de inconstitucionalidad, el nuevo régimen del art. 41 del ET exija que la modificación de las materias admitidas, si bien previstas en convenio colectivo estatutario, sólo pueda llevarse a cabo por el acuerdo tomado por las mayorías que el propio precepto señala. Mayorías que han de ser adoptadas por los mismos sujetos que el ET legitima para negociar convenios colectivos de empresa; y que son, incluso, reforzadas respecto de las exigidas por el propio Título III del ET para negociar válidamente un convenio colectivo". Como "flexibilidad interna unidireccional" se califica por FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna", *Relaciones Laborales*, nº 11, 2011, p. 29.

<sup>62</sup> Muy interesante al respecto el argumento de FALGUERA BARÓ, M.A. en "El acuerdo en el período de consultas", Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 23 y 24, artículo en el que diferencia claramente entre los supuestos de los arts. 40, 41, 47 y 51 ET y el del art. 82.3 ET señalando que, respecto de los primeros, el necesario trámite del período de consultas constituiría tan solo un ejercicio condicionado del "ius variandi" empresarial: "esos pactos de remodelación o extinción de contrato de trabajo difícilmente pueden ser equiparados en su conformación básica con una auténtica negociación colectiva", p. 23. "Pues bien, la Ley parte de la consideración de que la movilidad geográfica, la modificación de las condiciones de trabajo, la suspensión de contratos y la reducción de jornada y los despidos colectivos son competencia unilateral y decisoria del empleador (en un régimen jurídico diferente, como se ha dicho, al del artículo 83.2 TRLET) Lo que ocurre es que la modificación, suspensión o extinción contractual sólo pueden ser adoptada cuando tienen la naturaleza colectiva si se cumple, entre otros requisitos, con la negociación que la Ley impone, lo que no comporta forzosamente la obligación de llegar a un acuerdo, sino de negociar bajo el principio de buena fe. Aunque, como se ha dicho, el período de consultas entra de lleno en la figura constitucional de negociación colectiva, no ocurre lo mismo con la propia decisión empresarial que se inserta en el marco de la disposición, condicionada, de la voluntad del empresario." "El acuerdo alcanzado en el período de consultas no es una autorización al cambio contractual o al despido por los representantes de los trabajadores: es una decisión empresarial condicionada al cumplimiento de determinados requisitos. Por tanto, el acto extintivo o de modificación no tiene más que un contenido contractual, que surge de la estricta autonomía individual del empleador por regulación legal. Exista o no acuerdo, éste podrá adoptar la medida de reestructuración, sin perjuicio de su posterior control judicial", p. 24.

<sup>63</sup> Ejemplo de esta línea doctrinal con la que no nos mostramos de acuerdo, MERINO SEGOVIA, A.: "La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos", *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012,

Como ya se señaló a propósito de los descuelgues “genéricos” y salariales en la reforma de 1994, las medidas de los anteriores arts. 41.2.3º y 82.3 del ET se instrumentaban sobre convenios colectivos o acuerdos de igual eficacia general a la del convenio, con la diferencia de que operaban en ámbitos inferiores. No habría en ése sentido una restricción del legislador a la eficacia del convenio que, en todo caso, de haberse dado, se efectuaba con base en los arts. 37.1 y 28.1 CE, en la Ley Orgánica de Libertad Sindical o en el Código Civil: *“Conviene reiterar que los cambios advertidos tienen lugar dentro de los términos deliberadamente abiertos y dinámicos del art. 37.1 CE...”*<sup>64</sup>.

El argumento es plenamente trasladable para los supuestos de los acuerdos de descuelgue ex art. 82.3 ET con la redacción vigente en la norma.

En materia de descuelgue nos encontramos por tanto ante una “disponibilidad colectiva” del convenio a través de la habilitación legal al efecto a favor del acuerdo de empresa. Incluso con la exigencia de mayorías reforzadas para su conclusión, en lo que podía convenirse como reglas permisivas de concurrencia entre convenios de ámbito superior y de empresa en asuntos de especial trascendencia para ésta<sup>65</sup>. Disponibilidad colectiva que resulta a nuestro juicio el elemento decisivo para entender la naturaleza de la institución. El acuerdo de descuelgue que se produce en la primera fase del procedimiento constituye el exponente por excelencia del principio de la autonomía colectiva, regla de concurrencia en el supuesto de descuelgue de convenio de ámbito superior a la empresa<sup>66</sup>.

---

p. 250: *“Un paradigma de negociación colectiva, el que diseña la ley, donde su control y disposición quedan, por razones de proximidad a las exigencias del mercado y a los escenarios económicos y organizativos, en manos de cada empresa, fuera del radio de acción del sujeto colectivo sectorial”*

<sup>64</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E.: ¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?, *Relaciones Laborales*, 1997, Tomo I, pág. 34: *“Repárese, sin embargo, en que las restricciones que sobre la eficacia general de los convenios colectivos del Título III ET introdujo el legislador de 1994 se instrumentan, no a través del impulso de la negociación colectiva de eficacia limitada, sino a través de convenios colectivos o de acuerdos de igual eficacia general -exigiéndose incluso mayorías reforzadas-, con la diferencia de que éstos operan en ámbitos inferiores”* (Negrita del que suscribe)

<sup>65</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E.: ¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?, *Relaciones Laborales*, 1997, Tomo I, págs. 33. *“en realidad lo que el legislador reformador hizo fue ampliar la confusa categoría de los convenios colectivos -no ya extraestatutarios, porque la mayor parte de esos acuerdos están contemplados por el legislador estatutario-, sino celebrados al margen de las exigencias de contenido o procedimentales del Título III del ET”*.

<sup>66</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 401, el acuerdo de descuelgue “directo”, el que se produce en la primera fase del procedimiento en el período de consultas, *“constituye el exponente por excelencia del principio de autonomía colectiva, aunque con diversa forma de expresión según se trate de un descuelgue de convenio de empresa o de sector. Si se materializa como autodescuelgue del mismo convenio de empresa, no se trata de otra cosa que materialización del principio de autonomía contractual de la voluntad aplicado al convenio colectivo: los propios sujetos que asumieron cierto tipo de compromisos a través del convenio colectivo son plenamente soberanos para cambiar, en un momento posterior, las condiciones que ellos mismos pactaron: pacto contractual de idéntica naturaleza alterado por otro posterior en el tiempo. Si se materializa como descuelgue en el ámbito de una empresa de lo establecido con carácter general para un conjunto de empresas a través de un convenio sectorial, una simple regla de concurrencia entre*

Desde esta perspectiva, no hay razón para sostener que el modelo entero de negociación entra en crisis <sup>67</sup>, al menos en lo que se refiere a las inaplicaciones de convenio colectivo materializadas previa la suscripción de acuerdo colectivo al efecto.

Y ello va a ser así tanto en el supuesto del acuerdo de descuelgue alcanzado en el período de consultas *strictu sensu* como en el supuesto del acuerdo alcanzado o decidido en las sucesivas fases del procedimiento en la negociación del descuelgue, en comisión paritaria o en el seno de los procedimientos de solución autónoma de conflictos pactados en convenio colectivo o en acuerdo interprofesional ex art. 83.3 ET <sup>68</sup>. En este sentido, la materia de la solución autónoma de las discrepancias en conflictos colectivos se ha venido interpretando de manera pacífica en la doctrina constitucional como una manifestación del derecho a la autonomía colectiva ex art. 37 CE, resultando la negociación colectiva instrumento idóneo para el establecimiento de sistemas de solución autónoma de conflictos <sup>69</sup> con fundamento legal en el derecho constitucional a la autonomía colectiva <sup>70</sup>. *“Y, como ya se ha anticipado, ese poder de regulación y ordenación consagrado en el art. 37.2 de la Constitución, lleva implícito el de establecer medios autónomos de solución de los conflictos de trabajo, especialmente en*

---

*convenios colectivos; es decir, la novedad consiste, exclusivamente, en reproducir la regla de que el acuerdo colectivo de empresa tiene preferencia aplicativa frente al convenio colectivo de sector...”*

<sup>67</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E.: ¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?, *Relaciones Laborales*, 1997, Tomo I, pág. 34: *“En este marco global en que ha de moverse la evaluación, la existencia de supuestos concretos, legalmente autorizados, y justificados por causas de salvaguardia de las necesidades económicas y organizativas de la empresa (que pueden conectarse con el derecho consagrado en el art. 38 CE) en que el empleador puede alterar lo dispuesto en convenios no amparados por el máximo de fuerza legal, no alcanza la gravedad suficiente como para sostener que es el sistema entero de negociación el que entra en crisis. El carácter puntual y ciertamente garantista frente a abusos en el ejercicio de las facultades empresariales que reviste esta posibilidad de modificación es, parece, salvaguardia suficiente del propio sistema –y de la legitimidad de sus excepciones–, pues ayuda a perfilar la figura como una matización a las reglas generales”* (Negrita del que suscribe)

<sup>68</sup> Por este motivo en adelante, al referirnos al acuerdo de descuelgue, se entiende que lo estamos haciendo tanto al acuerdo en sentido estricto como a la decisión sustitutiva en procedimiento de solución autónoma de conflictos.

<sup>69</sup> En este sentido, DURÁN LÓPEZ en “El laudo arbitral en los conflictos laborales”, *Relaciones Laborales*, Tomo 1, págs. 99 a 112, año 1993; o CASAS BAAMONDE, en sus trabajos “La solución extrajudicial de los conflictos laborales”, *Relaciones Laborales*, nº 16-17, 1992-II, pág. 38, y “Procedimientos de solución y reforma de la legislación laboral”, en *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, 1995, pág. 67.

<sup>70</sup> Sentencia número 217/1991, de fecha 14 de noviembre, en recurso de amparo 1850/1988, Ponente Fernando García-Mon, F.J. 5º: *“La intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo es, pues, una manifestación del principio de autonomía colectiva, y, más concretamente, del derecho de negociación colectiva (art. 37.1 C.E.) y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 C.E.), entre las que se encuentran no sólo el planteamiento del conflicto [STC 74/1983], sino también las de crear medios propios y autónomos para solventarlo. Posibilidad esta última que, precisamente por ser una carencia de nuestro sistema de relaciones laborales señalada incluso en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), constituye un objetivo largamente perseguido por nuestras organizaciones empresariales y sindicales como han expresado con frecuencia los acuerdos interprofesionales. Pero es que, además, la necesidad de que sea la propia autonomía colectiva la que cree medios propios y autónomos de solución de los conflictos laborales no es sólo sentida por aquellas organizaciones, sino que es buscada y fomentada por el legislador y en general por los poderes públicos, por su potencial carácter beneficioso para el sistema de relaciones laborales.”*



*relación con las controversias que tengan su origen en la interpretación y aplicación del convenio”<sup>71</sup>.*

En conclusión, a la vista de estos razonamientos, tanto en el supuesto del acuerdo de descuelgue como en el de decisión sustitutiva en procedimientos de solución autónoma nos encontramos ante productos de la autonomía colectiva ex art. 37 CE en cuanto mecanismos de disponibilidad colectiva del convenio.

### **1.1.2.- Acuerdo de descuelgue vs acuerdo de empresa vs convenio colectivo**

Ahora bien, que nos encontremos ante una manifestación de la autonomía colectiva no es por sí solo suficiente argumento para concluir sobre la naturaleza jurídica del acuerdo de inaplicación de condiciones pactadas en convenio.

Si avanzamos en nuestra interpretación, entre la doctrina científica resulta pacífica la conclusión en el sentido de que el derecho a la negociación colectiva presenta un contenido multiforme, con múltiples manifestaciones de la autonomía colectiva que no se agota, ni mucho menos, en el convenio estatutario del Título III del ET<sup>72</sup>. Veamos si es posible asimilar la naturaleza jurídica del acuerdo de inaplicación a la de alguno de estos productos de la autonomía colectiva como técnica interpretativa.

Y en ese modelo amplio, plural, abierto y flexible de negociación colectiva, con mutiplicidad de valencias jurídicas, emerge con fuerza desde la reforma laboral de 1994 la figura de los denominados acuerdos de empresa como especie dentro del género de negociación colectiva, al resultar algo diverso al convenio colectivo pero también al convenio extraestatutario en cuanto previstos en el propio ordenamiento laboral. De ahí que desde sectores doctrinales se haya calificado a los acuerdos de empresa como un *tertium genus* dentro del amplio genero de la negociación colectiva<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> F.J. 6º de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 217/1991, de fecha 14 de noviembre, en recurso de amparo 1850/1988, Ponente Fernando García-Mon.

<sup>72</sup> MERCADER UGUINA, J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012: *“la CE no ha establecido un modelo único y cerrado de negociación colectiva, antes al contrario, la coexistencia de distintos modelos de negociación y tipos de convenios colectivos constituye una característica estable de nuestro sistema de relaciones industriales”*

<sup>73</sup> Para GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VALVERDE ASENCIO, A.: *“La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa”*, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, págs. 415, *“si la esencia del convenio extraestatutario reside en afirmar que la negociación colectiva es una institución constitucionalmente protegida de carácter genérico y que acepta fenómenos diferentes al convenio colectivo, este mismo argumento sirve para fundamentar a los acuerdos colectivos estatutarios. El tipo de acuerdo que estudiamos es un acuerdo diferente a estas dos especies del género de negociación, pero incluido dentro del Derecho a la negociación colectiva, por lo que va a tener elementos comunes a los convenios, pero también diferencias”* (siguen a RIVERO LAMAS, J.: *“Estructura y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994”*, *Documentación Laboral*, núm. 43, pág. 57). Refieren criterio de OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, 6ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pág. 740, quien detecta la existencia de acuerdos estatutarios, es decir, *“contemplados por la LET en su articulado, y por extensión en alguna otra ley laboral, sin las características de los convenios colectivos”* Por eso entienden que la mejor terminología para estos productos de negociación colectiva es la de acuerdos estatutarios o tipificados de empresa. Serían como un *“tertium genus”* entre el convenio colectivo estatutario y el extraestatutario,

De partida, no parece discutible que el acuerdo de inaplicación es, en esencia, un acuerdo de empresa. Ahora bien, si de lo que tratamos es de equiparar la naturaleza jurídica de uno y otro producto, existen dos razones que se nos antojan definitivas para descartar de principio esta equiparación.

En primer lugar, no existe una sola naturaleza jurídica para el denominado con carácter general como “acuerdo de empresa”. No es posible en este sentido otorgar de manera generalizada una naturaleza jurídica uniforme al acuerdo de empresa en cuanto género al esconderse detrás de esta figura una pluralidad de manifestaciones <sup>74</sup>. Pudiendo dar lugar la negociación colectiva a muchas clases de convenios, acuerdos o pactos colectivos *“diferenciados entre sí por su función (regulación o gestión), por su contenido (generales o monográficos), por su duración (estables o coyunturales), por su naturaleza y manera de obligar, o por su eficacia desde el punto de vista personal”* <sup>75</sup>.

Por ello, la equiparación del acuerdo de descuelgue al acuerdo de empresa como género se presenta problemática desde la perspectiva de que no todos los acuerdos de empresa van a presentar la misma naturaleza y eficacia jurídicas. De este modo, nada tiene que ver, a estos efectos, un acuerdo de reorganización productiva ex arts. 51 ó 47 ET con un acuerdo subsidiario de regulación en materia de clasificación profesional ex art. 22 ET; o con un acuerdo en materia de distribución irregular de la jornada ex art. 34 ET; menos aún con un acuerdo de descuelgue del art. 82.3 ET.

En segundo término, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra de manera recurrente reacia a otorgar eficacia jurídica normativa y alcance personal general a productos de la autonomía colectiva que no sean convenios colectivos estatutarios negociados conforme a las previsiones del Título III. Y ello por mucho que existan entre la doctrina científica fundadas opiniones abogando por extender aquélla a los denominados acuerdos de empresa “subsidiarios” o “de regulación”, fundamentalmente por la identidad de los sujetos negociadores y por su finalidad supletoria <sup>76</sup>. Confiriendo el Tribunal Supremo al acuerdo de

---

diferenciándose del primero porque no pretenden regular la globalidad de las relaciones entre empresario y trabajadores sino tan solo aspectos concretos y determinados.

<sup>74</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Ed. Tecnos, 2012, p. 511 y 512: *“Unos son modificativos, otros innovativos; algunos se encuadran en el ámbito de la negociación mientras que otros se aproximan más a las fórmulas de la consulta; en unas ocasiones incorporan un régimen general y abstracto y en otras tienen carácter uti singuli”, “poco puede decirse de una manera generalizada en torno a los acuerdos de empresa”*. En parecidos términos, GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VALVERDE ASENCIO, A.: “La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa”, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, págs. 415: tampoco para estos autores nos encontraríamos ante un fenómeno homogéneo, distinguiendo entre los acuerdos supletorios, en defecto de convenio, y los acuerdos de reorganización de la empresa, dentro de los que se incardinarian los acuerdos de control de las facultades directivas empresariales, en materia de despidos colectivos, suspensión del contrato y movilidad geográfica, y los acuerdos modificativos de convenio, en materia de modificaciones sustanciales y en materia salarial.

<sup>75</sup> MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Dirección y coordinación): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo, Volumen I, 2ª Edición*, Pamplona 2012, Thomson Reuters, Aranzadi, p. 79.

<sup>76</sup> En este sentido, para PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa”, *Actualidad Laboral*, núm. 21. 1996, pág. 419, la eficacia de los acuerdos de empresa previstos en la norma en defecto de convenios colectivos no puede ser otra que la

empresa no negociado conforme a las previsiones del Título III del ET eficacia meramente contractual y no normativa, no sería posible de principio por esta razón asimilar acuerdo de descuelgue con acuerdo de empresa <sup>77</sup>.

Si efectuamos un repaso de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito de la naturaleza jurídica del acuerdo de empresa, sólo el convenio colectivo en la más importante de sus manifestaciones *“tiene en nuestro ordenamiento valor normativo y eficacia general, de forma que se inserta en el sistema de fuentes y en este sentido es equivalente a un instrumento público de regulación”* <sup>78</sup>. Distinguiéndose por el Alto Tribunal entre convenios

---

propia del convenio estatutario, esto es, normativa y general, tanto por la identidad de sus negociadores como por la finalidad supletoria de estos acuerdos: *“Los acuerdos de empresa constituirían así un supuesto de negociación colectiva que, pese a no quedar sometido al procedimiento estricto del Título III ET, se beneficiarían de las notas definitorias propias del convenio colectivo estatutario, es decir, de su eficacia general y normativa”* - (Negrita del que suscribe) -sigue a ESCUDERO, R.: “Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa”, en AA.VV. (dir. VLADÉS) *La reforma del Mercado de Laboral*, 1994, págs. 53 y 54 y MATÍÁ PRIM, J.: “Sentido y alcance de la reforma laboral” en AA.VV. (dir. VLADÉS) *La reforma del Mercado de Laboral*, 1994, pág. 30 -. En esta línea, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, págs. 290 y 291, la negociación de empresa potenciada tras la Ley 11/1994 y encauzada básicamente a través de la figura de los acuerdos de empresa, no se encuentra en modo alguno excluida del sistema formal de negociación colectiva que el ET configura *“Los acuerdos de empresa han de entenderse asimilados a todos los efectos a la categoría de convenios estatutarios y, por lo mismo, se encuentran dotados de sus atributos jurídicos. La diferencia entre los acuerdos de empresa y los convenios de empresa no estriba ni en su distinta eficacia jurídica, en ambos casos normativa, ni en su diversa eficacia personal, también en ambos casos erga omnes; reside en los contenidos convenidos. Mientras que el convenio de empresa (o más ampliamente el convenio) tiene una inicial vocación de regular el estatuto jurídico del trabajador en todas sus dimensiones, el acuerdo carece de esa vocación, limitándose a reglamentar materias concretas.”*. Igualmente, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, en AA.VV. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (Coordinadores: VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.), Madrid (La Ley, Monografías), 1994, pág. 130

<sup>77</sup> En este sentido, compartimos plenamente el argumento de quienes concluyen en el sentido de la *“incapacidad del ET para aprehender en tipos normativos la compleja variedad de instrumentos contractuales colectivos de nuestra experiencia negocial”*, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los equívocos de la jurisprudencia sobre la distinción entre convenios y acuerdos estatutarios y extraestatutarios (a propósito de la sentencia del TS de 22 de octubre de 2013)”, *Relaciones Laborales*, nº 7, julio 2014, p. 5.

<sup>78</sup> F.J. 8º Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 3 de noviembre de 2008, en recurso de casación 102/2007, Ponente Joaquín Samper Juan. En contra, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los equívocos de la jurisprudencia sobre la distinción entre convenios y acuerdos estatutarios y extraestatutarios (a propósito de la sentencia del TS de 22 de octubre de 2013)”, *Relaciones Laborales*, nº 7, julio 2014, p. 2 y 3: *“A la anterior confusión, la sentencia comentada añade otra, de tono no menor. En el decir de esta resolución, “el valor obligacional, y no normativo”, de los pactos de eficacia limitada se debe a que “dichos pactos no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral, al no estar incluidos en el artículo 3.1 ET”. La gruesa aseveración ahí enunciada, que no otra cosa hace, al menos en una comprensión nominal, que privar al convenio extraestatutario de la condición de fuente de la relación laboral, no es en modo alguno aceptable. No lo es, por lo pronto, desde una perspectiva formal, pues el art. 3.1.b ET incluye en el catálogo de fuentes de la relación laboral los convenios colectivos, sin especificar, como hace en otros pasajes (por ejemplo, arts. 82.3 y 90.1), que tales convenios son estrictamente los que el texto estatutario regula. Pero no lo es tampoco –y la afirmación resulta aún más extravagante– desde un plano material, no resultando comprensible como, al margen de cuál sea su eficacia jurídica (normativa, real o contractual), puede privarse a un instrumento nacido de la autonomía*

colectivos estatutarios y acuerdos o pactos informales de empresa, y reconociendo valor normativo y fuente de la relación laboral ex art. 3.1 b) exclusivamente a los primeros al ser equivalente a un instrumento público de regulación <sup>79</sup>. En esta interpretación, a juicio de la Sala el acuerdo de empresa no constituiría un verdadero convenio colectivo sino un pacto incluíble entre los denominados extraestatutarios <sup>80</sup>.

---

*privada colectiva y enderezado por su propia naturaleza a regular las relaciones jurídicas derivadas del intercambio de trabajo por cuenta ajena por salario de la condición de fuente de la relación laboral."*

<sup>79</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 10 de marzo de 2009, en recurso de casación 119/2008, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea, F.J. 4º in fine: **"Sin perjuicio del respeto que le merece la doctrina científica -- que por cierto no toda está de acuerdo con la tesis que sustenta el recurso como parece afirmarse en él -- esta Sala ha distinguido siempre entre los convenios colectivos estatutarios y los acuerdos o pactos informales de empresa. Y ha reconocido valor normativo, que es el que le otorga el carácter de fuente de la relación laboral, ex. art. 3.1.b ET, exclusivamente a los primeros (sentencias de 30 de enero de 2.003 (Rec. 1266/2001), 19 de enero de 2.003 (Rec. 2869/2002), 24 de mayo de 2.004 (Rec. 1631/2003) 20 de junio de 2.005 (Rec. 29/2004 ) y las que en ella se citan). Lo que no implica negar eficacia "erga omnes" a los acuerdos o pactos de empresa informales, pues como dijimos en la sentencia de 24 de mayo de 2.004 (Rec. 1631/2003 ) la ausencia de valor normativo "no impide que el acuerdo pueda tener una eficacia personal general a través del mecanismo específico de la representación laboral, como ocurre en los acuerdos que acaban de citarse, en los que los representantes de los trabajadores -- en la doble vía de la representación unitaria o de la sindical -- adoptan compromisos que vinculan a los trabajadores afectados, sin perjuicio de que éstos, como aquí sucede, puedan impugnarlos cuando los consideren contrarios a las normas legales o colectivas". Con lo que dichos acuerdos informales, si bien pueden considerarse incluidos en el apartado c) del art. 3 ET, no tienen el carácter de fuente de la relación laboral por la vía de su apartado b), como pretenden los recurrentes."**... " ... **solo los convenios colectivos estatutarios, es decir los productos de la negociación colectiva "en la más importante de sus manifestaciones" en palabras del Alto Tribunal, tienen valor normativo en nuestro ordenamiento legal; y por ello, al ser equivalentes a un instrumento público de regulación, son los únicos que están obligados a respetar las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad.**" (Negrita del que suscribe)

<sup>80</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 14 de mayo de 2013, en recurso de casación 285/2011 , Ponente Fernando Salinas Molina: 2.- Los pactos cuestionados, alcanzados en años sucesivos, entre la empresa y la representación de los trabajadores han venido complementando o precisando lo establecido en los sucesivos convenios colectivos estatutarios de aplicación, pero no constituyen, lo que asumen las partes, un verdadero convenio colectivo, sino pactos incluíbles entre los denominados extraestatutarios. Como destaca el Ministerio Fiscal en su informe, en el que propugna la desestimación del recurso, los sucesivos pactos tienen una concreta vigencia temporal expresamente pactada, y por su naturaleza extraestatutaria no cabe entenderlos sometidos a "ultra actividad" y no generan condiciones más beneficiosas en los términos del art. 41 ET . 3.- Esta línea interpretativa es la proclamada por la jurisprudencia de esta Sala, como se refleja y sintetiza, entre otras, las SSTS/IV 29-marzo-2010 (rco 37/2009 ) y 12-abril-2010 (rco 139/2009 ). En la primera de ellas se afirmaba que " como recuerda la STS/IV 9-febrero-2010 (rco 105/2009 ), la jurisprudencia social (en interés de ley y luego en casación unificadora y ordinaria) ha abordado la problemática esencial de los pactos o convenios extraestatutarios, -- entre las primeras, en sus SSTS/Social 16- enero-1986 , 30-mayo-1991 (rco 1356/1990 ), 29-septiembre-1993 (rco 880/1992 ), 28-marzo-1994 (rco 3352/1992 ), 22-enero-1994 (rco 2380/1992 ), 17-octubre-1994 (rco 2197/1993 ), 14-noviembre-1994 (rco 708/1993 ), 21-diciembre-1994 (rco 2734/1993 ), 27- marzo-1995 (rco 618/1994 ), 18-julio-1995 (rco 949/1994 ), 13-febrero-1996 (rco 2183/1993 ), 14-febrero-1996 (rco 3173/1994 ), 4- mayo-1995 (rco 346/1992 ), 10-junio-1996 (rco 2582/1995 ), 24- enero-1997 (rco 2833/1995 ), 10-junio-1998 (rco 294/1998 ) --, partiéndose, en esencia, de su regulación por la normativa civil de obligaciones y de su valor convencional (no normativo); de que dichos pactos de eficacia limitada no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral al no estar incluidos en el art. 3.1 E , lo que comporta una serie de consecuencias derivadas de trascendencia jurídica, entre otras, -- en cuanto más directamente nos afecta --, el que, por su contenido de carácter

A mayor abundamiento, a propósito de la naturaleza jurídica de los acuerdos de empresa subsidiarios o de regulación, entre otros, acuerdos de los arts. 22, 24, 29, 31 y 34 del Estatuto de los Trabajadores, en reciente resolución el Supremo les otorga de manera indubitada naturaleza contractual y no normativa, a pesar de que *obiter dicta*<sup>81</sup>, se concluye en el sentido de que *"a juicio de esta Sala hubiera sido preferible considerar que se integran como un anexo al contenido normativo del Convenio cuya laguna vienen a integrar, aplicable en el ámbito empresarial correspondiente"*<sup>82</sup>. De ahí que se haya afirmado que, en el supuesto de los

---

*exclusivamente obligacional, no gozan del efecto de ultraactividad propio de las cláusulas normativas de los convenios colectivos estatutarios ex art. 86.2 y 3 ET, dejando se surtir efectos en la fecha prevista como máxima para su duración; así como el que no generan por sí solos condiciones más beneficiosas". Especificándose, que "únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y carecen en general de efectos más allá de las fechas pactadas ( SS. 14 diciembre 1996 rec. 3063/1995 y 25 enero 1999 rec. 1584/1998 )" ( STS/IV 6-octubre- 2009 -rcud 3012/2008 ) "; que " tienen naturaleza contractual y su fuerza de obligar encuentra fundamento en los artículos 1091 y 1254 a 1258 del Código Civil, quedando su eficacia limitada a las partes que lo suscribieron y en los términos en ella establecidos, pues como recordara la sentencia de 17 de octubre de 1994 estos pactos carecen de valor normativo, teniéndolo sólo convencional y no integrándose en el sistema de las Fuentes del Derecho Laboral previsto en el artículo 3.1 del ET, regulándose por la normativa general del derecho común en el campo de las obligaciones ( SSTs/IV 25-enero-1999 -rcud 1584/1998, 17-abril-2000 -rco 1833/1999, 11-julio-2007 -rco 94/2006 ) "; así como que " permanece intacta nuestra doctrina, resumida en la sentencia de 25/1/99 (Rec. 1584/98 ), sobre la fuerza contractual y naturaleza limitada de los convenios extraestatutarios, así como el no nacimiento de una condición más beneficiosa en orden a los derechos que sean consecuencia de un pacto de esta naturaleza, que expresamente prevé su duración temporal, sin que exista razón alguna para mantenerlo después de haber expirado, pues su aplicación durante el período de vigencia no es indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables, que la actuación empresarial no es más que el cumplimiento de lo pactado y mientras tenga vigencia el referido pacto, sin que exista indicio alguno de una voluntad empresarial de incorporarlo de forma definitiva al contrato de trabajo ".*

<sup>81</sup> Y de manera un tanto sorprendente, todo hay que decirlo, en cuanto que entendemos que si ése era el criterio de la Sala, así se debía haberse reflejado en el fallo.

<sup>82</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 24 de enero de 2013, en recurso de casación 42/2012, Ponente Manuel Ramón Alarcón Caracuel, F.J. 3º: **"TERCERO.- Conviene ahora determinar cuál es la naturaleza jurídica y eficacia del recién citado Acuerdo de 19 de octubre de 2006. En primer lugar, dado el tenor literal del punto Tercero del propio Acuerdo antes reproducido, sería razonable atribuirle la naturaleza de pacto que pone fin a un conflicto colectivo y que, por ende, "tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo" ( artículo 24 del RDL 17/1977, de 4 de marzo ). A ello podría objetarse que no consta que el conflicto colectivo se hubiera formalizado como tal, aunque una visión realista de los fenómenos colectivos y de la versatilidad de los productos de la negociación colectiva -aceptada desde siempre por nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria- permitiría superar ese obstáculo. Lo importante es que se reconoce explícitamente que existía un conflicto de carácter colectivo y que al mismo se ha puesto fin mediante Acuerdo suscrito por la representación unitaria de los trabajadores y, por tanto, con eficacia general en el ámbito de la empresa. **Una segunda posibilidad, jurídicamente más ajustada, es considerar que estamos en presencia de uno de esos Acuerdos de Empresa que aparecieron en un momento dado en el ET, la mayoría de ellos en el Título I ( artículos 22, 24, 29, 31 y 34 ) con carácter subsidiario o defectivo: el legislador estatutario les atribuye a esos "acuerdos colectivos entre la empresa y los representantes de los trabajadores" la función de regular determinados aspectos que el Convenio Colectivo no ha regulado, completando así esa regulación convencional. La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria ha atribuido a esos Acuerdos de Empresa naturaleza contractual y no normativa (a juicio de esta Sala hubiera sido preferible considerar que se integran como un anexo al contenido normativo del Convenio cuya laguna vienen a integrar, aplicable en el ámbito empresarial correspondiente), pero ello no obsta para que su eficacia - esto es: su fuerza vinculante, aunque no se la considere normativa sino contractual- sea general en el****

acuerdos reguladores estatutarios suscritos con las formalidades legales y con la representación legal de los trabajadores, aún constituyendo *“expresiones de la negociación colectiva que, al igual que los convenios colectivos regulados en el Título III ET, traen causa en el art. 37.1 CE”* nos encontramos ante un tercer modelo de negociación colectiva dado que *“...puede afirmarse rotundamente que ninguno de los dos tipos de acuerdo colectivo, incluyendo aquéllos a los que la ley concede la misma eficacia del convenio colectivo... son propiamente convenios colectivos”*<sup>83</sup>.

En este sentido, se ha aludido a la palpable incapacidad del ET para aprehender en tipos normativos la compleja variedad de instrumentos contractuales colectivos de nuestra experiencia negocial, *“censura existente entre el sistema real y el sistema formal de negociación colectiva”* en lo que se ha calificado como *“concepción binaria”* que atraviesa la

---

**ámbito de la empresa. Así lo ha reconocido esta Sala, por ejemplo en la STS de 24/5/2004 (Rec. 1631/2003 ), en cuyo FD Segundo se afirma que el hecho de que este tipo de Acuerdos no tenga naturaleza normativa " ... no impide que el acuerdo pueda tener una eficacia personal general a través del mecanismo específico de la representación laboral, como ocurre en los acuerdos que acaban de citarse, en los que los representantes de los trabajadores -en la doble vía de la representación unitaria o de la sindical- adoptan compromisos que vinculan a los trabajadores afectados ". Por otra parte, hay que recordar que estos Acuerdos de Empresa no son solamente los citados por el ET sino que la jurisprudencia ha admitido esta figura del Acuerdo de Empresa con carácter general siempre que se lleven a cabo con la representación unitaria de los trabajadores -o incluso con las secciones sindicales que cuenten con la mayoría de los integrantes de dicha representación unitaria- y, además, con una funcionalidad muy amplia: no solamente regular determinadas cuestiones en defecto de regulación por el Convenio Colectivo mencionadas por el ET sino también "actualizar las disposiciones del Convenio aplicable, suplir las lagunas del mismo y mejorar sus condiciones, pero no modificar en perjuicio de los trabajadores las condiciones de un convenio colectivo provincial durante su período de vigencia" ( STS 21/12/2009, Rec. 11/2009 )”** (Negrita del que suscribe)

<sup>83</sup> BODAS MARTÍN, R.: “La eficacia jurídica de los acuerdos de empresa”, *El Derecho*, [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com), Tribuna, 30 de julio de 2010. “Sin embargo, la doctrina científica, compartiendo generalmente que los acuerdos no son estatutarios (M<sup>a</sup> Fernanda Fernández López. – El papel del convenio colectivo como fuente del derecho tras la reforma de la legislación laboral (y II), AL, núm. 7, página 106. – M. Alonso Olea y M<sup>a</sup> Emilia Casas Bahamonde, *Derecho del Trabajo*, pág. 835), cuando no cumplen las exigencias formales del Título III ET, defiende que los acuerdos colectivos, aunque carezcan de regulación legal específica, están autorizados por el Estatuto y gozan, por tanto, de eficacia personal general y jurídica normativa. De admitirse dicha proposición estaríamos ante un tercer modelo de negociación colectiva, al que podríamos denominar convenios colectivos estatutarios al margen del Título III del ET (J. Cruz Villalón. – El art. 41 del ET tras la reforma de 1994. – RL núms. 17-18. 1994, págs. 130 y 131), puesto que dicha norma tasa de manera expresa las materias, que pueden regularse mediante estos acuerdos, exigiendo únicamente que se alcance acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores (STS de 7-04-04, rec. 28/03), en cuyo caso lo acordado tendrá eficacia general (T. Sala Franco, C. L. Alfonso Mellado y Abdón Pedradas Moreno. – Los Acuerdos o Pactos de Empresa . Tirant lo Blanch, pág. 21), puesto que una representación minoritaria del comité de empresa o de sindicatos, que no tengan la mayoría de la representación unitaria, no podrá negociar estos acuerdos , que tienen vedada la negociación extraestatutaria (T. Sala Franco, ..., obra citada, página 21), habiéndose entendido, así mismo, que los acuerdos de empresa, que no respeten los requisitos exigidos por el ET, tanto sobre las materias a regular (La jornada irregular debe establecerse por Convenio Colectivo o por acuerdo de las partes (STS de 22-12-08, rec. 49/08)), cuanto al procedimiento a seguir, serían nulos, "pero no como convenios colectivos irregulares, sino como acuerdos de empresa irregulares" (Raquel Yolanda Quintanilla Navarro. – Los convenios colectivos irregulares. Colección Estudios CES, pág. 151).”

teoría de la negociación colectiva <sup>84</sup>. Remarcándose el contraste entre la potenciación del acuerdo de empresa y su “escasa caracterización jurídica”, por lo que desde ciertos sectores se propone, a nuestro juicio con acierto, reforzar su naturaleza de producto convencional y, como tal, plenamente vinculado a las garantías establecidas en el modelo constitucional de negociación colectiva <sup>85</sup>.

En todo caso, al margen de fundadas opiniones doctrinales en contra <sup>86</sup>, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es tajante en este sentido y no cuestiona la naturaleza contractual del acuerdo de empresa, por mucho que se entienda esta interpretación como excesivamente formalista <sup>87</sup>.

Y en este sentido, siendo ésta la interpretación a la que debemos ajustarnos en nuestra aproximación a la naturaleza jurídica de la institución, desde esta sola perspectiva el acuerdo de inaplicación no puede asimilarse con la figura genérica del acuerdo de empresa. Fundamentalmente porque en el acuerdo de descuelgue nos encontramos ante un producto de la autonomía colectiva que va a sustituir al propio convenio colectivo en la materia objeto

---

<sup>84</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “Los equívocos de la jurisprudencia sobre la distinción entre convenios y acuerdos estatutarios y extraestatutarios (a propósito de la sentencia del TS de 22 de octubre de 2013)”, *Relaciones Laborales*, nº 7, julio 2014, p. 5 y p. 7.

<sup>85</sup> CORREA CARRASCO, M.: “Los límites de la intervención legal en la configuración del modelo de negociación colectiva (Consideraciones en torno a la STC de 16 de julio de 2014)”, *Revista Relaciones Laborales*, nº 11, Sección Doctrina, año 30, tomo 1, noviembre 2014, Editorial La Ley

<sup>86</sup> En este sentido, nos posicionamos con la interpretación que se efectúa por GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, p. 192, cuando refiere que “la mención del artículo 3 a los convenios colectivos debe ser entendida hoy en día de otra manera, precisamente como alusión a todo acuerdo o convenio colectivo al que la ley atribuya, expresa o tácitamente alguna función en la regulación de las condiciones de trabajo, siempre que pueda proyectar sus efectos sobre los contratos de trabajo”. En esta interpretación, se hallan implícitos en el cuadro de fuentes de la relación laboral ex art. 3.1 b) del ET: **“La puerta de entrada de dichos acuerdos sería, precisamente, la mención que en el párrafo 1. B) de ese precepto legal se hace a los “convenios colectivos”, presuponiendo su carácter genérico y, en consecuencia, su apertura a los distintos productos de la negociación colectiva, más allá del estricto convenio “estatutario”**” (Negrita del que suscribe). **“En realidad el acuerdo de empresa no tiene su origen en una nueva fuente material o de producción, sino en una fuente ya conocida y de gran flujo en nuestro sistema: la autonomía colectiva o, si se prefiere aludir a la actividad que de ella emerge, la negociación colectiva. Es claro que convenio colectivo y acuerdo de empresa tienen una raíz común, pues ambos nacen del proceso de negociación entre los representantes de los trabajadores y la parte empresarial. Por ello, cuando el artículo 3 ET habla de convenios colectivos puede entenderse que habla genéricamente de todo acuerdo colectivo, sin perjuicio de que en determinados casos haya que hacer matizaciones sobre su alcance y eficacia”**, GARCÍA MURCIA, J.: “Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa”, *Documentación Laboral*, 1995, nº 46, pág. 49. (Negrita del que suscribe). Por lo que, a juicio del autor, quizá debiera hacerse una lectura más desapasionada del precepto del art. 37.1 CE y de la expresión fuerza vinculante del convenio, GARCÍA MURCIA, J.: “los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 68, año 2007, pág. 37: **“Desde esta perspectiva, parece claro que el artículo 37.1 CE tan sólo pretende que la negociación colectiva cuente en todo momento con las debidas garantías”**.

<sup>87</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “Los equívocos de la jurisprudencia sobre la distinción entre convenios y acuerdos estatutarios y extraestatutarios (a propósito de la sentencia del TS de 22 de octubre de 2013)”, *Relaciones Laborales*, nº 7, julio 2014, p. 2 y p. 3.

de la inaplicación y que, por este simple motivo, se va a encontrar revestido de la eficacia jurídica normativa y personal general del propio convenio que inaplica.

En consecuencia, a la vista de la rigorista jurisprudencia del Supremo que sólo confiere aquélla eficacia al convenio colectivo estatutario, no es posible asimilar al acuerdo de descuelgue con el acuerdo de empresa.

Descartada la equiparación a estos efectos del acuerdo de inaplicación con el acuerdo de empresa en cuanto género, veamos si es posible equipararle con el convenio colectivo que, excepcional y temporalmente, inaplica en determinada materia.

De partida nos encontramos con que aquél, el acuerdo de inaplicación, no se presenta en la norma con la vocación de generalidad en la regulación de las condiciones de empleo y de las relaciones laborales propia del convenio colectivo estatutario y que se impone en la norma a este último vía contenido mínimo. Antes bien, el acuerdo de descuelgue se instituye como una regulación excepcional en una o varias de las concretas materias reguladas en el convenio que se excepcionan temporalmente en su aplicación.

A mayor abundamiento, a pesar de que en principio se negociará por los mismos sujetos a los que la norma confiere la legitimidad necesaria para la concertación del convenio colectivo estatutario *ex art. 87 ET*, es posible que en los supuestos de ausencia de representación legal en la empresa, el acuerdo de inaplicación se negocie con las denominadas comisiones *ad hoc* de trabajadores o con las comisiones sindicales con lo que, desde esta perspectiva, acuerdo de descuelgue y convenio colectivo estatutario presentan una regulación diferenciada <sup>88</sup>.

Por otra parte, al acuerdo de inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo tampoco le van a aplicar las reglas establecidas con carácter general para el convenio colectivo estatutario establecidas en el Título III ET en materia de contenido mínimo, vigencia, tramitación, publicación, formalidades propias del convenio colectivo estatutario.

Desde esta simple perspectiva, acuerdo de descuelgue y convenio colectivo estatutario no son lo mismo, por mucho que en cierto modo pudieran asimilarse.

---

Ahora bien, sentado lo anterior, no es discutible que acuerdo de inaplicación y convenio colectivo presentan similitudes evidentes que nos exigen reflexionar acerca de si es posible o no asimilar la naturaleza jurídica de uno y otro producto de la autonomía colectiva.

En estos términos, una buena representación de la doctrina científica, ya de antiguo, viene asimilando el acuerdo de descuelgue “genérico” con el convenio colectivo <sup>89</sup>, -más allá incluso,

---

<sup>88</sup> De hecho, los datos estadísticos demuestran que de la mayoría de las empresas que presentan inaplicaciones, el 81.48 por 100, tienen plantillas entre 1 y 49 trabajadores, lo que hace pensar que una gran parte de los descuelgues de convenios colectivos se han negociado en empresas sin órganos de representación legal de los trabajadores dada la idiosincrasia de la representación unitaria en España. Fuente de información recogida de documento “*Información sobre Negociación Colectiva, Expedientes de Regulación de Empleo, Conflictividad Laboral, Empleo, Contratación, Diálogo Social e Internacional*”, CEOE, Junta Directiva 11 de junio 2014, p. 8.

<sup>89</sup> En referencia al anterior art. 41.2.3º ET tras Ley 11/1994, por ejemplo, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y MARTÍNEZ BARROSO: “La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdo de



algún sector homologaba acuerdo de empresa de regulación con convenio colectivo-<sup>90</sup>. Siendo los sujetos negociadores los mismos, con exigencias de legitimación y quórum para la adopción de los acuerdos asimilables pero incluso más rigurosas<sup>91</sup>, exigiéndose un deber de negociación de buena fe incluso comparativamente más acusado en el supuesto del art. 41.2.3º ET, y no pudiendo imponerse la solución heterónoma en ausencia de acuerdo en cuanto mecanismo típico de la autonomía negocial, los acuerdos de descuelgue podían calificarse como convenio colectivo estatutario. Y ello por mucho que no cumplieran con ciertas reglas procedimentales: *“este tipo de acuerdos de empresa constituyen una manifestación específica del derecho a la negociación del art. 37.1 CE, gozando los mismos de la fuerza vinculante garantizada por tal precepto. El propio art. 41 viene a admitirlo así implícitamente, cuando utiliza la expresión de “convenios colectivos regulados en el título III”, insinuando que existen otros convenios de igual naturaleza, entre los que se encuentran los presentes acuerdos de empresa, que también tienen la consideración jurídica de convenios estatutarios”*<sup>92</sup>. El origen legal de la institución, su tipificación, jugaría a favor de la asimilación al convenio<sup>93</sup>.

---

empresa: el supuesto del artículo 41.2, párrafo tercero, del Estatuto de los Trabajadores”, *La Ley*, 1995, pág. 22.

<sup>90</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, págs. 290 y 291, la negociación de empresa potenciada tras la Ley 11/1994 y encauzada básicamente a través de la figura de los acuerdos de empresa no se encuentra en modo alguno excluida del sistema formal de negociación colectiva que el ET configura (se refiere a los acuerdos de empresa en general): *“Los acuerdos de empresa han de entenderse asimilados a todos los efectos a la categoría de convenios estatutarios y, por lo mismo, se encuentran dotados de sus atributos jurídicos. La diferencia entre los acuerdos de empresa y los convenios de empresa no estriba ni en su distinta eficacia jurídica, en ambos casos normativa, ni en su diversa eficacia personal, también en ambos casos erga omnes; reside en los contenidos convenidos. Mientras que el convenio de empresa (o más ampliamente el convenio) tiene una inicial vocación de regular el estatuto jurídico del trabajador en todas sus dimensiones, el acuerdo carece de esa vocación, limitándose a reglamentar materias concretas.”*

<sup>91</sup> Es cierto que desde la reforma de la Ley 35/2010, y en los supuestos de ausencia de representación legal en la empresa, se amplía la legitimación negocial a otros sujetos más allá de los legitimados para la negociación del convenio estatutario ex art. 87 ET, nos referimos a las comisiones *ad hoc* y sindicales. Nos ocupamos expresamente de su régimen jurídico en el Capítulo dedicado al procedimiento.

<sup>92</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, en AA.VV. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (Coordinadores: VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.), Madrid (*La Ley, Monografías*), 1994, pág. 130: Las consultas se identifican más con un proceso negocial en sentido estricto que con una actividad típica de consulta; *“Todo ello conduce a concluir, una vez más, que ese citado acuerdo colectivo de empresa no es sino el resultado de un proceso negocial, al que sin mayor dificultad cabe calificar de convenio colectivo estatutario -en la medida en que viene contemplado y regulado por la propia Ley del Estatuto de los Trabajadores-, si bien se efectúe al margen de ciertas reglas procedimentales de las previstas dentro del Título III de la misma Ley.”*. “El referido acuerdo, en la medida en que goza de la naturaleza de producto de un proceso de negociación colectiva estatutaria amparado en el art. 37.1 CE, alcanzaría eficacia vinculante inderogable para las partes incluidas dentro del ámbito de negociación del convenio; al propio tiempo se le otorga eficacia erga omnes dentro del ámbito negocial correspondiente, por alcanzar las mayorías exigidas legalmente para concertar los convenios estatutarios”, p. 50.

<sup>93</sup> GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo”, *REDT*, núm. 75, 1996, pág. 99, al respecto de la naturaleza y función del acuerdo modificativo, llega a la siguiente conclusión: *“Por su origen negociado, el acuerdo de empresa exigido para la modificación de condiciones de trabajo establecidas en normas paccionadas se*

Del mismo modo, la dificultad en aceptar la posibilidad de inaplicación de un convenio por un instrumento al que no se le dotara de su misma naturaleza jugaría como argumento para su asimilación al convenio, destacándose que la única manera de salvar la diferencia de rango entre convenio inaplicado y acuerdo de descuelgue sería la de otorgar a éste la eficacia constitutiva del convenio, calificándolo como un acuerdo sobre materias concretas <sup>94</sup>.

A mayor abundamiento, siendo el objeto material del acuerdo de descuelgue el mismo que el del convenio colectivo, desde esta perspectiva su naturaleza jurídica sería idéntica. Si bien en el acuerdo de descuelgue se presenta la doble naturaleza inherente al convenio colectivo del Título III del ET en cuanto pacto, -generador de obligaciones para quienes lo conciertan-, y en cuanto norma, -con el doble efecto de imponerse a los contratos individuales y de resultar indisponible-, en el supuesto del acuerdo de descuelgue la eficacia de norma resulta aún si cabe más evidente, pues generalmente su objeto consistirá en la adaptación de alguna de las cláusulas normativas del convenio, difícilmente de las obligacionales <sup>95</sup>. Es más, en esta labor interpretadora, algunas de las razones que han servido a determinada doctrina de fundamento para concluir que en el supuesto de los acuerdos de empresa nos encontramos ante un *tertium genus* en el modelo negocial que no podría calificarse propiamente como convenio colectivo <sup>96</sup>, probablemente interpretadas *a sensu contrario* permitirían asimilar la naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue a la del convenio, más aún cuando el acuerdo de

---

*configura en primer lugar como un pacto o convenio colectivo. El procedimiento que culmina en ese acuerdo tiene origen legal y cumple con unas exigencias, en materia de deber de negociar de buena fe, de legitimación y de mayorías necesarias para la adopción del acuerdo, análogas a las contempladas en el marco general de la negociación colectiva estatutaria. Es, por tanto, y sin predeterminedar su eficacia, un acuerdo colectivo típico, tipificado legalmente. Por su contenido y función, es un acuerdo regulador*" Pág. 100 *"No entendemos que esta actuación modificativa suponga en sentido estricto un atentado contra la negociación colectiva, en la medida que se opera a través de un acto nacido también de la autonomía colectiva de la empresa"*

<sup>94</sup> GALIANA MORENO, J.M<sup>a</sup>: "La eficacia de los convenios colectivos en el derecho español del trabajo", *La eficacia de los convenios colectivos, XIII Congreso Nacional de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Murcia 17 y 18 de mayo de 2002, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Informes y Estudios, Subdirección General de Publicaciones, Madrid 2003, p. 65, sería difícil aceptar que tales modificaciones fueran llevadas a cabo por un instrumento al que no se le reconozca el mismo carácter normativo que posee el convenio al que parcialmente desplaza (Interesante, cita 74 refiere el criterio de RIVERO LAMAS, J.: "Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de negociación informal", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 3, 1997, p. 115, la única forma de salvar la diferencia de rango entre el convenio modificado y el acuerdo que lo modifica *"no puede ser otra que presumir que la Ley atribuye a estos particulares acuerdos una eficacia constitutiva igual que la reconocida al convenio colectivo de eficacia general, en el sentido de que se trata de convenios sobre materias concretas"*

<sup>95</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. tecnos, 32ª edición, Madrid, 2011, pág. 162 y 163, el objeto material del acuerdo de descuelgue no se separa en nada de esa naturaleza que se atribuye al producto más típico de la negociación colectiva, el convenio estatutario. Desde esta perspectiva, su naturaleza jurídica es idéntica, pues son resultado también de la negociación, *"constituyen expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva"*, art. 82.1 ET.

<sup>96</sup> No regulan ordinariamente las materias exigidas por el ET sino instituciones concretas de las relaciones laborales, no están condicionados por reglas formales, no se encuentran afectados por las reglas de concurrencia, ni se someterán a las reglas de vigencia del convenio, no estarán sometidos al régimen de control e impugnación de los convenios, BODAS MARTÍN, R.: "La eficacia jurídica de los acuerdos de empresa", *El Derecho*, [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com), *Tribuna*, 30 de julio de 2010.

descuelgue se regula precisamente en el precepto legal dedicado a la eficacia del convenio colectivo estatutario.

En estos términos, comprobamos cómo la naturaleza jurídica del acuerdo de inaplicación se aproxima bastante más a la del convenio colectivo que a la del acuerdo de empresa.

El motivo es bien sencillo, en el supuesto de la institución del art. 82.3 ET, el acuerdo de descuelgue suple íntegramente al convenio colectivo en la materia o materias concretas objeto de inaplicación. Aquí no hay relación de complementariedad, de subsidiariedad o de suplementariedad alguna, como en la relación que se establece entre acuerdo de empresa y convenio colectivo.

Y además lo sustituye con una duración vinculada legalmente a la vigencia del convenio colectivo pues sus efectos podrán prolongarse, como máximo, hasta la duración de este último, aplicándosele sin duda las reglas de concurrencia del propio convenio colectivo. En consecuencia, el acuerdo de inaplicación se constituye en un apéndice del convenio colectivo que inaplica. Jerárquicamente, se sitúa a la misma altura que el convenio colectivo, se constituye en fuente de la relación laboral, de los derechos y obligaciones de las partes en esa concreta materia y se incardina, como no podría ser de otro modo, entre las enumeradas en el art. 1.3 b) del ET. En caso contrario, quedaría abierta la posibilidad de posterior revisión “en cascada” del convenio por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

No obstante, como hemos apuntado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra de manera recurrente reacia a la asimilación de la naturaleza jurídica del convenio colectivo estatutario y de cualquier otro acuerdo colectivo que no se hubiera formalizado cumpliendo las exigencias en materia de legitimación negocial y formales que se imponen para el supuesto del convenio estatutario en el Título III del ET <sup>97</sup>. Concediendo a estos productos de la autonomía colectiva efectos contractuales y no normativos en una dicotomía entre lo estatutario y lo extraestatutario que, en ocasiones, no resulta fácil asimilar. El mejor ejemplo lo constituiría a nuestro juicio el supuesto de los acuerdos de empresa subsidiarios o de regulación, acuerdos suscritos entre la empresa y la representación legal de los trabajadores y previstos expresamente a lo largo del articulado del propio Estatuto de los Trabajadores pese a

---

<sup>97</sup> Buen ejemplo de esta línea jurisprudencia excesivamente formalista del Tribunal Supremo, la Sentencia de la Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 30 de noviembre de 2010, en recurso 142/2009, Ponente María Lourdes Arastey Sahun, F.J. 2º en la que se concluye la imposibilidad de otorgar carácter normativo a determinado acuerdo muy similar a un acuerdo ex art. 82.3 ET bajo el argumento de que no puede ser calificado como un convenio colectivo al no nacer como consecuencia del proceso instituido en el Título III del ET: *“Con carácter previo hemos de abordar el tema de la naturaleza del acuerdo. Obviamente, éste no puede ser calificado de convenio colectivo estatutario pues no ha nacido como consecuencia del seguimiento del proceso instituido en el Título III del Estatuto de los trabajadores. Ello impide afirmar su carácter normativo propio. Ahora bien, se trata de un pacto al que cabe llegar como consecuencia de la negociación colectiva en el seno de la empresa, dentro de lo que se ha venido denominando negociación informal ( STS de 24 de mayo de 2004 -rcud. 1631/2003 -). Estamos ante un acuerdo de empresa subsidiario al convenio y relativo a aspectos aplicativos del mismo en relación con situaciones posteriores a la entrada en vigor de éste. El propio Estatuto de los Trabajadores permite y legitima, a lo largo de su articulado, este tipo de pactos colectivos sobre materias diversas, significativamente en los supuestos de modificación de condiciones. Aunque no tenga alcance normativo, el acuerdo puede tener una eficacia general sobre el espectro personal al que se extienda la representatividad de los negociadores.”*

lo cual, la jurisprudencia no duda en calificarlos como de naturaleza extraestatutaria, fundamentalmente por estar regulados al margen del Título III del ET.

Por ello, si pretendemos salvar el rigorismo, excesivo, en la interpretación jurisprudencial, que incluso cataloga como extraestatutaria supuestos de negociación colectiva claramente previstos en el ET, resulta necesario profundizar en la interpretación del art. 82.3 ET al objeto de encontrar un argumento sólido que nos permitan avalar de manera definitiva nuestra conclusión de asimilación de la naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue con la del convenio colectivo estatutario que inaplica.

Y en esta exégesis, el encaje del descuelgue de convenio colectivo en el Título III del ET resulta a nuestro juicio el eslabón de engarce definitivo para asimilar la naturaleza jurídica de uno y otro producto de la autonomía colectiva estatutaria.

Si el argumento del Tribunal Supremo para descartar la eficacia normativa del acuerdo de empresa en cuanto género era el de no haberse seguido en su formalización el procedimiento previsto en el Título III del ET para los convenios colectivos estatutarios <sup>98</sup>, con la reforma del 2012 entendemos que el razonamiento por sí mismo decae para el caso de los acuerdos de descuelgue tras el encaje sistemático del acuerdo de inaplicación en el Título III del ET.

En este punto, resulta conveniente traer a colación el razonamiento de que, en materia de negociación colectiva, nos encontramos ante un derecho de desarrollo legal <sup>99</sup>. Y en este debate, el procedimiento para la inaplicación se regula en el propio Título III del ET, en la misma norma legal y en el mismo Título que el procedimiento previsto para el convenio colectivo estatutario.

Siendo así, no es posible desde esta perspectiva descartar la asimilación de la naturaleza jurídica de acuerdo de inaplicación y convenio colectivo.

---

<sup>98</sup> Tampoco compartimos argumento de determinado sector en el sentido de que los acuerdos de descuelgue tienen exclusivamente valor de acuerdo en período de consultas, BODAS MARTÍN, R.: “la negociación colectiva: obstáculo o incentivo para la adaptabilidad empresarial”, Ponencia 11 de diciembre de 2013, Madrid, <http://www.ugt.es/actualidad/2014/febrero/boletin16/4docu.pdf>, p. 18 a 20, en particular p. 19: “Debe admitirse, en todo caso, que cuando el legislador quiere dar valor de convenio colectivo a los acuerdos lo hace expresamente (arts. 86.3 y 91.2 ET), lo que no sucede con los acuerdos de descuelgue, como se desprende expresamente del art. 82.3 ET, donde deja claro que los acuerdos alcanzados en la Comisión Paritaria, los que se alcancen mediante procedimientos de mediación o arbitraje, o los que resuelva la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas.” Nuevamente nos encontramos con el recurrente error de confundir naturaleza con eficacia, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La eficacia jurídica de los convenios colectivos”, *Temas Laborales*, nº 76/2004, p. 30 y 31 o LAHERA FORTEZA, J: *Normas laborales y contratos colectivos*, Editorial Reus, 1ª Edición, Madrid 2008, págs. 65: “Los efectos del convenio colectivo no presuponen su naturaleza jurídica ni desmienten su carácter contractual. No se es norma por los efectos del producto negocial sino porque existan bases jurídicas para afirmarlo”.

<sup>99</sup> Es éste un argumento sobre el que incide de manera reiterada la Sentencia 119/2014, de 16 de julio, del Pleno del Tribunal Constitucional, en recurso 5603/2012, en la que se declara la constitucionalidad de la reforma Ley 3/2012.

### 1.1.3.- La opción del legislador: el encaje sistemático de la institución del descuelgue en el Título III del ET

Nos encontramos ante una institución a la que el legislador confiere *ope legis* el efecto de excepcionar temporalmente en una serie de materias tasadas en la norma la fuerza vinculante y la eficacia general del convenio estatutario<sup>100</sup>. Siendo así, la naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue no puede presentarse muy alejada de la del propio convenio colectivo al que excepcionalmente sustituye<sup>101</sup>, al constituirse el acuerdo o decisión sustitutiva en fuente de la relación laboral en las materias concretas objeto de la inaplicación con una eficacia jurídica normativa equivalente a la del convenio colectivo que excepciona y con alcance personal general<sup>102</sup>.

Y en este contexto de necesaria aproximación o asimilación entre la naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue y la del convenio colectivo que inaplica<sup>103</sup>, resulta ineludible llamar la atención en relación con la opción del legislador en lo que se refiere al encaje sistemático de la institución en el Título III del ET.

La reforma laboral del 2012 opta por la unificación del régimen jurídico de los descuelgues y por su encaje sistemático en el Título III del ET dedicado a la negociación colectiva, corrigiendo así una anómala ubicación<sup>104</sup> del anteriormente denominado descuelgue “genérico” ex art.

---

<sup>100</sup> BLASCO PELLICER, A: “Convenios colectivos estatutarios: contenido, eficacia e inaplicación”, *Actualidad Laboral*, nº 10, Sección Estudios, Octubre 2013, tomo 1, p. 1231: “Se trata del denominado “descuelgue” de convenio que constituye, por un lado, una excepción a la eficacia general del convenio colectivo; y, por otro, de un instrumento de flexibilidad interna”

<sup>101</sup> En una posición contraria a la que mantenemos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>.F.: “El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral (I)”, *Actualidad Laboral* nº 6, 6-12 febrero 1995, pág. 94: “constituyen mecanismos de suplencia de las carencias de la regulación por Convenio en aquellas materias en que la ley ha retrocedido”. En este sentido, para la autora, el hecho mismo de que el acuerdo opere cuando el Convenio falte es un signo inequívoco de que acuerdo y Convenio no comparten la misma naturaleza. A nuestro juicio se trata de cuestiones distintas.

<sup>102</sup> Nos ocupamos expresamente de la eficacia jurídica en el Capítulo dedicado al Acuerdo, en el presente Capítulo las referencias a la eficacia jurídica lo son en la medida que resulten necesarias para concluir acerca de la naturaleza jurídica del acuerdo.

<sup>103</sup> Empleamos el término *asimilación* en cuanto acción y efecto del verbo *asimilar*, entendido en el sentido de “asemejar, comparar”, diferente del verbo *equiparar*, definido como “considerar a una persona o cosa igual o equivalente a otra”, Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima primera edición, Tomo I, 1992, Editorial Espasa Calpe.

<sup>104</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, 1996, pág. 418, utiliza el término *descuelgue*: “La posibilidad contemplada en el art. 41 de modificar, previo acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores, las condiciones de trabajo contenidas en convenio colectivo, se introdujo en el precepto en fase de enmienda en el Congreso, a instancia del Grupo socialista. Ello explica, a mi juicio, su anómala ubicación en el art. 41 ET. En realidad, habida cuenta de que la modificación sólo es posible respecto de determinadas materias y previo acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores –limitaciones legales que, en mi opinión, salvan cualquier duda sobre la constitucionalidad del precepto en este punto-, en puridad **estamos más ante un supuesto de descuelgue a nivel de empresa de lo dispuesto en un convenio colectivo de ámbito superior, que ante una modificación de condiciones de trabajo strictu sensu**”. La ubicación lógica de esta previsión normativa, en efecto, debiera probablemente haber sido el nuevo art. 82.3 ET en el que se contemplan los descuelgues salariales, para los que igualmente se requiere “acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores”. Desde la perspectiva, por tanto, de la coherencia de la

41.2.3º ET en el Título I del ET como consecuencia del proceso aluvional <sup>105</sup> en la tramitación parlamentaria de la norma de urgencia como Ley <sup>106</sup>.

En principio, la ubicación lógica de la figura del descuelgue “genérico” del anterior art. 41.2.3º debiera haber sido en el Título III, junto con el descuelgue salarial, al ponerse la posibilidad de descuelgue de manera inevitable en relación con la eficacia general del convenio, de la misma manera que se hacía en relación con la posibilidad del descuelgue salarial <sup>107</sup>. No obstante, la inadecuada ubicación sistemática de los descuelgues “genéricos” persiste en sucesivas reformas laborales de los años 2010 y 2011 <sup>108</sup>, a pesar de que la doctrina científica apelaba a la necesidad de revisar el criterio <sup>109</sup> a la vista del paralelismo entre una y otra institución <sup>110</sup> y a

---

*institución, esta previsión normativa debe ser considerada como un supuesto de descuelgue extrasistemático que no altera sustancialmente los perfiles de aquella.”* (Negrita del que suscribe) -el autor sigue a LÓPEZ TARRUELLA, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en BORRAJO (Dir.), La reforma del Estatuto de los Trabajadores, T. I, vol. 2, Madrid 1994, pág. 324-. La enmienda del Grupo Socialista se encuentra en el Boletín de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 22 de febrero de 1994, enmienda núm. 195, pág. 130

<sup>105</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 374, con la unificación en el art. 82.3 ET la institución del descuelgue convencional presenta una regulación uniforme y más completa; en realidad, para la autora “*en ningún momento estuvo claro que esas diferencias respondieran a una estrategia premeditada, menos aún que hubiera razones de fondo que la justificaran. En realidad, el mantenimiento de esta doble vía parecía responder a la inercia normativa*”.

<sup>106</sup> Enmienda del Grupo Socialista núm. 195, Boletín de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 22 de febrero de 1994, pág. 130.

<sup>107</sup> GARCÍA MURCIA, J.: Los acuerdos de empresa, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, pág. 261: “*Desde este punto de vista, la posibilidad de descuelgue ha de ponerse en relación, inevitablemente, con la regla que atribuye eficacia general al convenio colectivo. Esa es, quizá, la razón más inmediata de que tal previsión se recoja, en primer término, dentro de las reglas legales que delimitan el ámbito de aplicación y la eficacia del convenio (art. 82 ET)*”

<sup>108</sup> Con la nueva redacción del art. 41.6 ET, primero en Real Decreto Ley 10/2010, luego en Ley 35/2010, finalmente en Real Decreto Ley 7/2011.

<sup>109</sup> En este sentido, antes de la reforma laboral del 2010, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: “La reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 14, 2010, e inmediatamente después, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2011, p. 24 y 25, para quien quizá hubiera sido más adecuado unificar ambos procedimientos dado que “*Ambos instrumentos responden a un planteamiento de política del derecho común: el de fomentar, de una parte, desde la ley, la adaptabilidad de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo a la situación y necesidades de la empresa, y garantizar, de otra, que sea la propia autonomía colectiva la que se corrija a sí misma, esto es, encomendar la tarea a nuevas manifestaciones de autonomía colectiva*”

<sup>110</sup> LANTARÓN BARQUIN, D.: “Novedades normativas y proyección de la reforma laboral de 2010 en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24 (2011), p. 16, ya se refería al evidente paralelismo entre una y otra institución: “*Paralelismo comprensible si se piensa en que ambas prescripciones erosionan de forma notable la eficacia propia del convenio colectivo estatutario, denominador común que llegó a justificar enmiendas que venían a integrar la modificación sustancial de condiciones de trabajo incluidas en convenio colectivo en el art. 82.3 ET*”.

pesar también de que el propio legislador del 2011 identificaba las dos instituciones hasta en dos ocasiones en el art. 85.3 ET <sup>111</sup>.

De manera prácticamente unánime, la doctrina se pronuncia en sentido favorable a la unificación y al encaje sistemático de los descuelgues en el Título III del ET, valorándose el cambio como positivo desde la perspectiva teórica al responder los anteriores descuelgues del antiguo art. 41.2.3º y 82.3 ET a la misma teleología y planteando problemas comunes <sup>112</sup>.

En este sentido, se argumenta que con el encaje en el Título III se traza una distinción de trato entre el ampliado *ius variandi* y los supuestos de descuelgue salarial o de inaplicación temporal del convenio <sup>113</sup>. Con la consecuencia práctica de que la institución ya no se percibe como administración de los poderes empresariales sino como ordenación de la negociación colectiva, lo que permite concluir que la configuración del descuelgue pasa a ser de orden público <sup>114</sup>, resultando más claro el nuevo tratamiento ya que en el fondo se trataba de lo mismo, la modificación del convenio por acuerdo <sup>115</sup>, medidas relacionadas con el contenido

---

<sup>111</sup> Elevando al rango de normalidad lo que hasta la fecha había venido apareciendo como una anomalía excepcional fruto de la cual los acuerdos modificativos se habían venido celebrando de forma jurídica pero oculta a través de los acuerdos de empresa, GARRIDO PÉREZ, E.: “Negociación colectiva y sistemas de solución de conflictos”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 297 y 298: “En cierto modo, con el art. 85.3 se identifican las modificaciones sustanciales de condiciones fijadas en convenio colectivo y el descuelgue salarial como instrumentos que protagonizan las necesidades de ajuste y cambios que se predica como uno de los objetivos de la reforma en el modelo negocial. En otros términos, el legislador ejemplifica en estas dos instituciones el pretendido cambio en el sistema negocial en el que el convenio colectivo deja de ser un marco de contenidos inalterables durante su vigencia para someterse, por el contrario, a revisiones, alteraciones e inaplicaciones. De hecho, ambas situaciones tienen un elemento identificador común, cual es la ruptura de la eficacia normativa / obligacional del convenio colectivo. En consecuencia, el propiciar los cambios, alteraciones, descuelgues en suma de lo pactado en convenio colectivo, no significa más que dar carta de naturaleza a una configuración del convenio colectivo como un pacto dinámico y no estático, a un acuerdo que es susceptible de modificación o alteración conforme a las circunstancias que en su caso se propicien y que requieran su cambio.”

<sup>112</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 55, la valoración del cambio desde una perspectiva teórica ha de ser positiva, pues los antiguos descuelgues ex arts. 41.6 y 82.3 ET y hoy unificados en éste último, responden a la misma teleología y plantean problemas comunes. En cuanto a su nuevo emplazamiento, si el descuelgue “aparece como una excepción a la eficacia general del convenio, ¿qué mejor opción entonces que incluir el tratamiento unificado en el art. 82.3 ET que, de acuerdo con su rúbrica se destina a regular el “concepto y eficacia” del convenio colectivo?”.

<sup>113</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto Ley 3/2012”, *Diariolaley.es*, nº 7833, año 2012, P. 4, “El RDL 3/2012 acertadamente ha trazado una distinción de trato entre el ampliado *ius variandi* y los supuestos de descuelgue salarial o de inaplicación temporal del contenido de convenios colectivos, que ahora como materia propia de la autonomía colectiva se regulan acertadamente en el nuevo apartado 3 del art. 82 ET”

<sup>114</sup> BLASCO PELLICER, A.: “Convenios colectivos estatutarios: contenido, eficacia e inaplicación”, *Actualidad Laboral*, nº 10, Sección Estudios, Octubre 2013, tomo 1

<sup>115</sup> ROQUETA BUJ, R.: “La modificación de las condiciones de trabajo”, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 42, reconducir la modificación de condiciones de trabajo recogidas en los convenios al art. 82.3 ET “resulta más claro, ya que en el fondo se trataba de lo mismo, a saber: la modificación por acuerdo de la

del convenio y con su eficacia <sup>116</sup>, en una sistemática más acorde con la interpretación judicial del art. 41 ET que diferenciaba entre modificaciones contractuales y normativas, las primeras posibles por decisión unilateral, las segundas sólo por acuerdo <sup>117</sup>.

A mayor abundamiento, se señala que la unificación produce el efecto positivo de unificar el régimen de materias, superándose dificultades anteriores para delimitar las fronteras entre uno y otro supuesto de descuelgue, por ejemplo, en materia de retribuciones <sup>118</sup>.

De este modo, tras la reforma del 2012, *“la sustitución o el cambio de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo mediante un acuerdo de empresa ya no se considera ni se regula como una modificación sustancial sino que se ha transformado, correctamente, en una forma materialmente ampliada de descuelgue”* <sup>119</sup>. La nueva regulación *“clarifica institucionalmente la materia, unificando la regulación al tiempo que se ubica en el Título III del Estatuto de los Trabajadores todo lo que se refiera al régimen jurídico de los convenios colectivos estatutarios”*, resultando en este sentido la ampliación del objeto de lo modificable una cuestión de tono menor *“por cuanto se trata de una alteración más formal que material, consistente no tanto en una ampliación cuanto en una refundición de regulaciones”* <sup>120</sup>.

No obstante, sin discutir el encaje en el Título III, para algún autor nos movemos más en el terreno de la administración y aplicación del convenio que en el de la eficacia de la norma colectiva, por lo que la inclusión en el art. 82 ET no sería desde esta perspectiva a su juicio la más correcta <sup>121</sup>.

---

*empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de determinadas materias, de las condiciones de un convenio colectivo estatutario previo y vigente”.*

<sup>116</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 371, el descuelgue del convenio tiene que ver con su contenido y su eficacia: *“En definitiva, aunque no se admitiera expresamente, se trataba en ambos casos de medidas relacionadas con el contenido del convenio y su eficacia, que por ello mismo bien podían haberse ubicado ambas en el art. 82.3 ET”*

<sup>117</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 29, cita 59, *“la nueva sistemática es acorde con la interpretación judicial del art. 41 ET que diferenciaba las modificaciones individuales y colectivas de condiciones previstas en pactos o convenios extraestatutarios, y que a la postre permitía una decisión unilateral del empresario sin perjuicio del posterior control judicial, de las modificaciones colectivas que implicaban inaplicación del convenio colectivo, que sólo podían llevarse a cabo mediante acuerdo de empresa, con un régimen en definitiva semejante al previsto en el art. 82.3 ET”*

<sup>118</sup> *“tiene su sentido si consideramos que con anterioridad resultaba difícil en determinadas materias delimitar con claridad las fronteras entre las vías del art. 41 y 82.3 ET, como ocurría con el sistema de retribución y el régimen salarial”*, NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 33

<sup>119</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 98.

<sup>120</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 397.

<sup>121</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012, Comisión Consultiva



En una posición ciertamente más marginal, algún sector doctrinal entiende que, desde una perspectiva metodológica, el legislador ha recurrido a la técnica del “*espiguelo normativo*” en el proceso de unificación del régimen jurídico de los anteriores arts. 41.6 y 82.3 ET, pero entendido en sentido inverso al manejado por la doctrina tradicional <sup>122</sup>. En realidad, la “asistematicidad” del descuelgue podría haber tenido en su caso alguna justificación con el anterior régimen jurídico dado que existían ciertas similitudes en relación con las causas y efectos para los supuestos de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y para los descuelgues genéricos al presentar la misma regulación jurídica <sup>123</sup>, aunque no lo compartimos. En todo caso, llamamos la atención del lector en el sentido de que, con el nuevo tratamiento legal, la pretendida y no compartida mayor liviandad de las causas no va a aplicar obviamente para los anteriores descuelgues “genéricos” del antiguo 41.6 ET, que con la reforma del 2012 pasan a encontrarse regulados en el art. 82.3 ET. Desde esta perspectiva, la interpretación en el sentido de que el citado “*espiguelo*”, la denominada “*confrontación normativa a tres bandas*” de los anteriores arts. 41.6, 82.3 y 41 ET, responde al objetivo de buscar la mayor favorabilidad “*para asegurar al empresario el logro de sus objetivos*” <sup>124</sup>, carece a nuestro juicio de fundamento. Cuestión diferente es la de que no se comparta el

---

Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 15 a 17: y, “*si de verdad estuviéramos tratando la cuestión del ámbito de aplicación personal de las normas colectivas, tendríamos a empresas y trabajadores a los que se aplicaría o dejaría de aplicar éstas, en su conjunto; tendríamos aplicación general como regla, y exclusión como excepción, más de lo que supone el mecanismo que estudiamos*”, no lo compartimos.

<sup>122</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 156: “*La nueva ordenación jurídica de esta modalidad modificativa, contenida en el art. 82.3 ET, parece haber sido elaborada, en efecto, como fruto de una análisis comparativo entre dos regímenes anteriormente vigentes, el general y el especial, y en el que, en ocasiones, también irrumpe, con un empuje decisivo, la regulación prevista en el art. 41 ET en relación con la inaplicación de las condiciones pactadas individualmente o en acuerdos y convenios extraestatutarios*”. Tampoco lo compartimos.

<sup>123</sup> Esta era la tesis que mantenían ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. Y SALA FRANCO: La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, RRLL, T. 1, pág. 1396 y 1397: para los autores, Para los autores, págs. 1396 y 1397, la asistematicidad de los descuelgues del 41 y del 82.3 ET se defendía desde la perspectiva de que ambas instituciones presentan similitudes pero también diferencias. Entre las primeras, en ambas se trataba de sustraerse a lo establecido en un convenio colectivo, en ambas se delimitaban materias susceptibles del descuelgue y en ambas, en fin, el acuerdo se constituía en el presupuesto. En cuanto a las diferencias, primera, en el descuelgue salarial del 82.3 ET se daba entrada expresamente a la negociación colectiva para la delimitación de las condiciones y procedimientos, segunda, mientras que en el descuelgue salarial se producía una alteración del convenio con efectos generales a nivel de empresa en el descuelgue del 41 se estaría ante una inaplicación y no con carácter general, sino a unos determinados puestos, tercera, las causas económicas operaban exclusivamente en el descuelgue del 82.3 ET frente a las económicas, técnicas, organizativas o de producción del 41.6 ET. Obviamente esta lectura ya no sería defendible con la actual regulación.

<sup>124</sup> Con semejante operación, la reforma de 2012 inaugura entre nosotros una vanguardista e inédita comprensión en el derecho comparado de la mayor favorabilidad, apreciable, como ya se ha anunciado y ahora se argumentará, en la práctica totalidad de los elementos que conforman la nueva ordenación jurídica...”, VALDÉS DAL-RE, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 156 y ss.

nuevo régimen jurídico, por ejemplo, en lo referente al presupuesto causal habilitante. Tampoco creemos que la metodología sea la que se señala, antes bien, nos encontramos ante la subsanación de una carencia en la regulación legal anterior.

Pero, con independencia de todos estos razonamientos, prácticamente unánimes en favor de la unificación y el encaje de los descuelgues en el Título III del ET, si hablamos de naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue y a los efectos que nos interesan, la unificación de la institución y el encaje sistemático de la inaplicación del convenio en el Título III del ET, conlleva a nuestro juicio otro efecto que nos sirve como argumento definitivo para asimilar la naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue con la del convenio colectivo.

Y este argumento no es otro que el de la especial vinculabilidad del acuerdo de inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, idéntica a estos efectos a la del propio convenio colectivo.

En este sentido, siendo cierto que nos encontramos ante un modelo abierto, plural y flexible de negociación colectiva, no lo es menos que dentro de ese modelo caben diversas opciones de política de derecho. Por lo que lo determinante será que, una vez actualizado por el legislador el mandato del art. 37 CE de garantizar el derecho a la negociación colectiva así como la fuerza vinculante del convenio, la vinculabilidad jurídica de este último habrá de sujetarse ya a las previsiones legales<sup>125</sup>.

En nuestro modelo de negociación colectiva no se pone en juicio el alcance directo del art. 37.1 CE, lo que se discute *“es el alcance que a ese efecto directo quiere darse más allá de la configuración de una libertad de negociación colectiva”*<sup>126</sup>. En esta lectura, si bien en cuanto derecho de libertad los procesos de negociación colectiva no necesitan para su efectivo ejercicio de una mediación legislativa, como garantía institucional, el art. 37.1 CE exige del legislador una intervención que asegure la efectividad del derecho y la fuerza vinculante del convenio, actuando la garantía institucional como fortalecimiento del derecho. Como se ha manifestado, la negociación colectiva podría existir sin necesidad de intervención de la Ley, ahora bien, una vez configurado el derecho por el legislador, habrá que atenerse a los términos legales en el ejercicio del mismo<sup>127</sup>.

Y en este sentido, la opción del legislador ha sido la de encajar al acuerdo de descuelgue junto con el convenio colectivo estatutario dentro del Título III del ET dedicado a la negociación colectiva. No podía ser otra la opción legal si entendemos que nos encontramos ante un producto con eficacia jurídica y personal igual a la del convenio al que sustituye.

---

<sup>125</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La eficacia jurídica de los convenios colectivos”, *Temas Laborales*, nº 76/2004, p. 41 a 44.

<sup>126</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 1992, pág. 49 a 52.

<sup>127</sup> “El derecho de negociación colectiva puede –mejor habría que decir “podría” existir sin intervención del legislador” ... *“lo importante es que una vez que el legislador lo ha “configurado” –y mientras esa configuración no sea tachada de inconstitucional- a los términos legales hay que atenerse en el ejercicio de ese derecho”*, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La autonomía colectiva. Concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, AA.VV., *La reforma de la negociación colectiva*, (MANUEL R. ALARCÓN/SALVADOR DEL REY COORDINADORES), Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 60 y 61.

Es la ley la que ha optado por habilitar a otro instrumento convencional -el acuerdo de empresa de descuelgue- para que, llegado el caso, proceda a la inaplicación del convenio <sup>128</sup>.

Es la ley la que determina los efectos y la manera de obligar del convenio estatutario, por lo que la firma de un acuerdo de descuelgue conforme a lo previsto en la norma legal *“quizá no suponga exactamente una quiebra de la eficacia general del convenio colectivo, sino más bien una manera de entender y formular el alcance de dicha eficacia en los convenios estatutarios de ámbito supraempresarial”* <sup>129</sup>.

Y en estos términos, la “interpositio legislatoris” sirve de puerta de entrada para revestir al producto de la autonomía colectiva en que consiste el acuerdo de inaplicación de condiciones pactadas en convenio ex art. 82.3 ET de una naturaleza jurídica análoga a la del convenio colectivo que inaplica, a pesar de que uno y otro no resulten exactamente lo mismo.

En este sentido, el acuerdo de descuelgue no va a ser una *rara avis* en el modelo de negociación colectiva estatutaria.

Repárese en que el legislador ha previsto en el propio Título III del ET la posibilidad de concertación de otros productos de la autonomía colectiva respecto de los cuales, sin ser estrictamente convenios colectivos, no se pone en cuestión su naturaleza análoga a la del convenio. Nos referimos, por ejemplo, a los acuerdos marco o a los acuerdos sobre materias concretas ex art. 83 ET, o a los acuerdos interprofesionales en la cumbre, sobre los que el Supremo no pone en duda su naturaleza jurídica al igualarlos en tratamiento con los convenios colectivos <sup>130</sup>; incluso, por qué no, a los acuerdos de adhesión y extensión del art. 92 del ET.

Incluso fuera del Título del ET dedicado a la regulación de la negociación colectiva estatutaria, existen igualmente a lo largo del ordenamiento laboral otros productos manifestación de la

---

<sup>128</sup> En estos términos se pronunció a propósito del anterior art. 41.2 3º ET GARCÍA MURCIA, J. en *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, págs. 255 y 257.

<sup>129</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, pág. 265. En estos términos se pronunció el Defensor del Pueblo en contestación a solicitud de inconstitucionalidad del art. 41.2 3º del ET tras promulgación de la Ley 11/1994 al entender que nada impedía que existiera una limitación a la fuerza vinculante del convenio que surgiera directamente *ex lege* en la medida que el art. 37.º CE se efectuaba una remisión a la Ley para concretar el alcance de la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

<sup>130</sup> Sentencia de la Sala de lo Social Tribunal Supremo, Sección 1ª, de fecha 22 de octubre de 2013, en recurso de casación 110/2012, Ponente María Luisa Segoviano Astaburuaga, F.J. 7º y 8º: *“El AIC, en definitiva, es un acuerdo-marco ya que presenta las características que, de conformidad con el artículo 83.2 ET se predicen de los mismos, a saber: - La amplitud de la unidad de negociación, tanto desde el punto de vista territorial -Todo el Estado o una Comunidad Autónoma- como funcional -todas las relaciones laborales de los trabajadores asalariados o la mayoría de ellas-. - Su finalidad, que consiste en establecer reglas sobre la estructura de la negociación colectiva y el contenido de los convenios colectivos ordinarios negociados en marcos inferiores. Por lo tanto su contenido es normativo, por más que la redacción de sus cláusulas aparezca formulada en términos desiderativos “es conveniente” u opcionales “podrán...” pues ello obedece a la propia naturaleza del acuerdo-marco, que, como se ha puesto de relieve por la doctrina es un “convenio para convenir”, lo que hace que la redacción de su clausulado no aparezca en términos tan imperativos como aparecen las de los convenios de ámbito inferior. SEXTO .- En consecuencia, el AIC debe tener el tratamiento que el Estatuto reserva a los convenios colectivos en el regulados, a tenor del artículo 83.3 in fine.”* (Negrita del que suscribe)

autonomía colectiva a los que, sin ser convenios, el legislador les ha dotado de la eficacia propia del convenio. Por ejemplo, los acuerdos fin de huelga<sup>131</sup>. O los acuerdos alcanzados en mediación o conciliación en procesos de conflictos colectivos siempre que las partes que concilien ostenten la legitimación y adopten el acuerdo conforme a los requisitos para los convenios<sup>132</sup>. Si esta “asistemática” regulación no supone obstáculo para su asimilación<sup>133</sup>, con mayor motivo para el supuesto del acuerdo de inaplicación del art. 82.3 ET previsto en el Título III del ET.

Siendo así, con mayor motivo el encaje sistemático de la figura legal en el Título III del ET permite a nuestro juicio superar los obstáculos derivados de la rigorista jurisprudencia del Supremo.

Constituyendo el acuerdo de descuelgue un instrumento de regulación de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral por el que se sustituye la regulación convencional en la concreta materia objeto de descuelgue, su naturaleza no puede ser diferente a la del convenio, debiendo otorgarse al acuerdo de inaplicación un tratamiento análogo al del convenio colectivo en cuanto fuente de la relación laboral prevista en el art. 3.1 b) ET<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> Art. 8 del Real Decreto-Ley 1771/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. Al respecto, SANCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: “Los acuerdos fin de huelga”, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 319 y ss, para quien, cumpliendo el acuerdo los requisitos subjetivos de legitimación y objetivos de depósito, registro y publicación, la naturaleza del acuerdo será a todos los efectos la del convenio colectivo estatutario: “Calificar el acuerdo fin de huelga como estatutario lo eleva a la categoría de norma jurídica”, p. 323.

<sup>132</sup> Art. 156.2 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

<sup>133</sup> No hay duda de esta asimilación de la naturaleza jurídica de estos productos con la del convenio colectivo, en este sentido, al respecto de los acuerdos fin de huelga, **la jurisprudencia de la Sala de los Social del Tribunal Supremo es terminante**, por todas, nos remitimos al F.J. 5º de la Sentencia de 23 de octubre de 2013 en recurso 47/2013: “El motivo ha de desestimarse pues, porque no concurren ninguna de las razones alegadas: a) En primer lugar, los acuerdos citados son consecuencia por su forma de negociación y por su contenido, del proceso de negociación abierto para poner fin a la huelga, constituyendo la terminación de ese proceso que inició el acuerdo de 12 de abril de 2011. Son, por tanto, acuerdos de fin de huelga. **Es reiterada la doctrina de esta Sala que llega a igual conclusión respecto a la naturaleza jurídica de tales acuerdos o pactos.** Así: La STS de 7-febrero-2011 (RJ 2011, 2719) (rec. 102/2010) señala que:” 1.- Los acuerdos de desconvocatoria o de fin de huelga , -- cuya naturaleza ostenta el ahora objeto de la interpretación cuestionada, del que no se discute la ratificación posterior del preacuerdo alcanzado por las partes representadas ni consta que hubiere sido impugnado --, **tienen el valor de convenio colectivo** , como establecen los arts. 8.2 (“... El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo”) y 24.1 del Real Decreto-ley 17/1977 de 4 - marzo (“... Dicho acuerdo tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo”) y corrobora la jurisprudencia constitucional y social (entre otras, STC Pleno 11/1981 de 8-abril, SSTs/IV 31-mayo-1995 -rcd 1677/1994, 29-octubre-2002 -rcd 1244/2001, 14-marzo-2005 -rcd 6/2004, 21-julio-2009 -rcd 3389/2008, 21-septiembre-2009 -rcd 56/2009, 23-septiembre-2009 -rcd 4065/2008, 22-enero-2010 -rcd 925/2009, 9-febrero-2010 -rcd 19/2009, 3-junio-2010 -rcd 3008/2009, 15-junio-2010 -rcd 680/2009, 5-julio-2010 -rcd 2039/2009, 4-noviembre-2010 -rcd 2907/2009 ); por tanto, su interpretación debe ajustarse a las normas que regulan la interpretación de los convenios colectivos.” (Negrita del que suscribe)

<sup>134</sup> Con el vocablo “análogo” nos referimos a la analogía entendida como “relación de semejanza entre cosas distintas” según diccionario de la RAE. No decimos que convenio colectivo y acuerdo de

En otro sentido, difícilmente podría un producto de la autonomía colectiva extraestatutario regular materias como las que se regulan los acuerdos de inaplicación que, por su naturaleza, tienen un indiscutible alcance general y requieren un efecto normativo que rebasa la capacidad de la negociación extraestatutaria. En este sentido nos remitimos a pacífica y consolidada jurisprudencia al respecto<sup>135</sup>.

Expuesta nuestra conclusión de asimilación al convenio a estos efectos, nos queda por determinar cuál va a ser esa naturaleza jurídica del acuerdo de inaplicación.

#### **1.1.4.- El acuerdo de inaplicación en el sistema de fuentes de la relación laboral**

A pesar de que no es objeto del presente trabajo elaborar un estudio acerca de la naturaleza jurídica del convenio colectivo estatutario, habiéndonos posicionado a favor de la asimilación de la naturaleza del acuerdo de inaplicación a la del convenio colectivo, resulta necesario indagar en la naturaleza jurídica de este último como condición previa para concluir sobre la naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue.

En este sentido, de principio, no es discutible que en el supuesto del convenio colectivo nos encontramos ante una institución de naturaleza mixta, contractual, -resultado del ejercicio de las partes legitimadas en la negociación de su derecho constitucional a la autonomía colectiva-, y normativa, -insertándose en el sistema de las fuentes de la relación laboral ex art. 3.1 b) del ET con la eficacia jurídica propia de las normas en el ámbito laboral-. De ahí la tan repetida expresión “*alma de ley, cuerpo de contrato*”<sup>136</sup>.

---

inaplicación sean lo mismo, sino que presentan características semejantes que, a los efectos de su naturaleza jurídica, permiten asimilar la del uno con el otro.

<sup>135</sup> Por todas, Sentencia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Sección 1ª, de fecha 22 de octubre de 2013, en recurso de casación 110/2012, Ponente María Luisa Segoviano Astaburuaga, F.J. 5º: *QUINTO.- Ocurre, sin embargo, que los convenios o pactos extraestatutarios tienen un límite que viene impuesto por su propia naturaleza, pues no pueden regular materias que, por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que excede de la capacidad de negociación extraestatutaria*”, con alegación de la jurisprudencia contenida en la sentencia de 1 de junio de 2007, recurso 71/06, en la Sentencia de 21 de febrero de 2006, recurso 88/04, “... los pactos o acuerdos colectivos extraestatutarios no puedan regular condiciones de trabajo o empleo con proyección general para todos los trabajadores del ámbito funcional de aplicación, pues la eficacia erga omnes se reserva a los convenios colectivos negociados de acuerdo con las previsiones del Título III del ET. El desbordamiento de este límite natural de eficacia lleva consigo consiguientemente la nulidad de los pactos o cláusulas afectados; como dice la sentencia de 30 de mayo de 1991 (rec. 1356/1990)”, o en la sentencia de 9 de marzo de 2011, recurso 1181/10 “... existen determinadas materias que por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que rebasa la capacidad de la negociación extraestatutaria, porque en estas materias la regulación pretendida no se va a limitar a disciplinar las condiciones de trabajo de unos trabajadores individualmente considerados, sino que a través de la organización de la acción preventiva en la empresa afectan a todos y requieren una regulación uniforme”

<sup>136</sup> CARNELUTTI, F.: *Teoría del Reglamento colectivo dei rapporto di lavoro*, 1927, pág. 117: “El contrato colectivo es un híbrido que tiene cuerpo de contrato y alma de ley; a través del mecanismo contractual juega una fuerza que trasciende al derecho subjetivo, desplegándose un movimiento que va más allá de la relación jurídica entre las partes”.

Remarcando su carácter “híbrido”, se pronuncia nuestra mejor doctrina: *“Tanto en su dimensión contractual como en la normativa, el convenio colectivo es un instituto jurídico nacido para ser aplicado en el doble sentido a que responde su híbrida y peculiar naturaleza: aplicado como pacto por los propios sujetos contratantes en lo que refiere al compromiso obligacional por ellos contraído, y aplicado como norma a los destinatarios trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio.”*<sup>137</sup>.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los convenios colectivos se integran en el sistema formal de fuentes del Derecho<sup>138</sup>, constituyendo fuentes de la relación laboral con tratamiento de auténticas normas jurídicas<sup>139</sup>, asimilando el Alto Tribunal fuerza vinculante con carácter normativo<sup>140</sup>.

En esta línea, resulta igualmente pacífica en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la consideración de norma *“que participa de la doble naturaleza de acuerdo entre partes y de fuente de derechos y obligaciones erga omnes”*,<sup>141</sup>, *“carácter mixto del*

---

<sup>137</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “La interpretación del convenio colectivo (Apuntes de Derecho Comparado), *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social*, nº 68, julio 2007, pág. 101: *“El convenio colectivo típico es una singular figura jurídica que aúna el carácter contractual y el normativo”* que ha pasado a ser *“la norma reguladora más abundante e inmediata de las relaciones laborales”*.

<sup>138</sup> F.J. 3º de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 58/1985, de fecha 30 abril de 1985.: *“Ciertamente que la integración de los Convenios Colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone, entre otras consecuencias que no hace al caso señalar, el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva.”*.

<sup>139</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 151/1994, de fecha 23 de mayo de 1994: *“los convenios colectivos, expresión del derecho a la negociación colectiva reconocido a los representantes de los trabajadores y los empresarios en el art. 37.1 CE, constituyen fuentes de regulación de las condiciones de trabajo que tienen reconocida, desde dicho precepto constitucional, una fuerza vinculante que conduce a reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas”*

<sup>140</sup> Entre otras muchas, Sentencia del Tribunal Constitucional número 105/1992, de 23 de fecha 1 de julio de 1992. Planteando alguna duda al respecto, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, tirant lo Blanch, 2ª Edición, Valencia 2012, p. 103 a 106: El art. 3.1 b) ET incluye expresamente al convenio colectivo entre las fuentes de la relación laboral. Ahora bien, *“la jurisprudencia constitucional parece partir de que el convenio colectivo es norma jurídica, lo que deduce de la expresión constitucional “fuerza vinculante” y de su condición de fuente de regulación de las condiciones de trabajo”*, STS 151/1994, de 23 de mayo, STC 3672001, de 28 de marzo, o STS de 27 de diciembre de 2010. *“No obstante, seguramente no sea obligado identificar fuerza vinculante con norma jurídica”*, p. 104.

<sup>141</sup> Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 30 de enero de 2004, en recurso de casación 84/2003, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea, F.J. 4º : ***“Nos hallamos en presencia del desarrollo y aplicación de una norma, el Convenio Colectivo, que participa de la doble naturaleza de acuerdo entre partes y de fuente de derechos y obligaciones erga omnes. No es suficiente el único auxilio del corpus iuscivilista para interpretar la voluntad del órgano representante de la voluntad de los trabajadores. Sin desechar su utilidad, debido a la doble naturaleza a la que se ha hecho referencia, también deberá considerarse la vertiente de interés general que posee la actuación de la representación de los trabajadores.”*** (Negrita del que suscribe)

*Convenio Colectivo -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa-*" <sup>142</sup>. De ahí que en su interpretación se apliquen las reglas hermenéuticas de las leyes y de los contratos. Y de ahí también que, en su condición de norma, el convenio deba respetar a la ley: *"en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse, no solo a la ley formal, sino, más genéricamente a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario"* <sup>143</sup>.

En este debate, existiendo divergencia entre quienes defienden que no hay que confundir función normativa con la forma a través de la cual se instrumenta <sup>144</sup> y quienes mantienen que

---

<sup>142</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de octubre de 2013, en recurso 47/2013: "A mayor abundamiento, en orden a la interpretación de los convenios colectivos esta Sala tiene declarado, entre otras en las SSTS/IV 5-abril-2010 (RJ 2010, 1482) (rcod 119/2009), 15-junio-2010 (RJ 2010, 6283) (rcod 179/2009), 17-junio-2010 (RJ 2010, 6293) (rcod 97/2009) y 11-noviembre-2010 (RJ 2010, 8833) (rcod 239/2009) que: **"a) el carácter mixto del Convenio Colectivo -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- determina que su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos**, esto es, los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC (así, recientemente, SSTS 03/12/08 -rcod 180/07; 26/11/08 -rcod 139/07; 21/07/09 -rcod 48/08; 21/12/09 -rcod 11/09; y 02/12/09 -rcod 66/09); b) la interpretación de un Convenio Colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico (así, SSTS 16/01/08 -rcod 59/07; 27/06/08 -rcod 107/06; 26/11/08 -rcod 95/06; y 21/12/09 -rcod 11/09), junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes (por ejemplo, SSTS 26/11/08 -rcod 95/06; 26/11/08 -rcod 139/07; y 27/01/09 -rcod 2407/07); y c) las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que las correspondientes al sentido gramatical; o dicho de otro modo, el art. 1281 CC consta de dos párrafos, que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiverse lo que aparece claro, o que se admita, sin aclarar lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes (aparte de otras muchas, SSTS 16/01/08 -rcod 59/07; 26/11/08 -rcod 95/06; 26/11/08 -rcod 139/07; 03/12/08 -rcod 180/07; 21/07/09 -rcod 48/08; 21/12/09 -rcod 11/09; 02/12/09 -rcod 66/09)" . (Negrita del que suscribe)

<sup>143</sup> F.J. 3º Auto 8/2012, de 13 de enero de 2012, en cuestión de inconstitucionalidad planteada por Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Pontevedra en materia de reducción de retribuciones ex Real Decreto 8/2010, de 20 de mayo.

<sup>144</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: "La eficacia jurídica de los convenios colectivos", *Temas Laborales*, nº 76/2004, págs. 30 y 31, VALDÉS señala una corriente doctrinal que *"ha terminado por instalar el convenio colectivo en el campo de las fuentes del derecho objetivo, configurándolo como una norma"*. A su juicio, estos autores confunden entre la función normativa del convenio y la forma a través de la cual dicha función se instrumenta: *"Estas concepciones normativistas del convenio colectivo... tienen a deducir la naturaleza del convenio no de su estructura o del acto que le da vida sino de sus efectos"* Para VALDÉS, *"La atribución al convenio colectivo de una eficacia que, para asegurar su función social normativa, se aparta o separa de la estrictamente obligacional de los contratos no convierte, per se y de manera automática, al convenio colectivo en una norma, en el sentido más clásico y tradicional de la expresión"* En la misma línea interpretativa, LAHERA FORTEZA, J: *Normas laborales y contratos colectivos*, Editorial Reus, 1ª Edición, Madrid 2008, págs. 65 a 69, quien refiere que confundir naturaleza con eficacia normativa es propio de las tesis normativistas, confusión que se agrava cuando se conecta la función normativa, o no, del producto negociado con su naturaleza, o no, normativa *"llegándose a escindir, en ocasiones, entre convenios colectivos que sí son normas y acuerdos colectivos que no los son"*. *"El que el convenio colectivo despliegue efectos, si se quieren llamar así, de norma no implica necesariamente que tenga naturaleza normativa. De la misma manera, el que el producto negociado tenga funciones, si se quieren llamar así, normativas, no implica que sea una norma jurídica"*

la naturaleza de los convenios depende de la eficacia que se les reconozca <sup>145</sup>, no parece discutible que, de la lectura de la jurisprudencia anteriormente citada, la mediación legislativa otorga una especial relevancia jurídica al convenio colectivo, revistiéndole del carácter de norma, fuente de la relación laboral, sin olvidar su origen paccionado <sup>146</sup>.

En este sentido se pronuncia mayoritariamente la doctrina científica. Partiendo de la indiscutida naturaleza dual del convenio <sup>147</sup>, se le califica como auténtica norma jurídica <sup>148</sup>, en lo que técnicamente puede denominarse como normas paccionadas <sup>149</sup>. Fuente singular de la

---

<sup>145</sup> CAMPS RUIZ, L.M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. (Coordinadores): *Derecho del Trabajo*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 80: “La naturaleza que se atribuya a los convenios colectivos en un ordenamiento jurídico concreto depende de la eficacia que se les reconozca”

<sup>146</sup> Si bien institucionalmente no es otra cosa que un contrato privado entre las partes, sin embargo, la legislación laboral efectúa un “reconocimiento singularizado del derecho a la negociación colectiva”, fijando una regulación detallada del régimen jurídico del convenio: “ello se debe a la falta de adecuación de parte del régimen jurídico de la legislación civil”, CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Ed. Tecnos, 2012, p. 505.

<sup>147</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. tecnos, 32ª edición, Madrid, 2011, pág. 155: refiriéndose al convenio colectivo como norma de origen contractual (frente a las tesis contractualistas y administrativistas), reconoce la naturaleza dual (contrato y norma) del convenio colectivo, por cuanto “tiene un origen o fuente contractual y, al tiempo, está dotado de efectos normativos”; En este sentido, frente a la dimensión de acuerdo o contrato generadora de derechos y deberes para las partes, el autor identifica esta vertiente del convenio con el contenido obligaciones, el convenio colectivo está revestido de otra eficacia, la normativa, “que tiene por fin el establecimiento de las condiciones a que han de someterse los contratos individuales. En tal sentido, el convenio colectivo vincula a los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, con independencia de quedar sometidos a las normas del convenio; De aquí el inconfundible carácter de norma de Derecho objetivo que éste posee, carácter que se acentúa cuando el convenio posee eficacia general o erga omnes”. “De esta **calidad normativa del convenio colectivo** se deriva un importante efecto: los derechos y obligaciones establecidos en el convenio se incorporan automática y necesariamente a las relaciones de trabajo incluidas en el ámbito del pacto colectivo, y no pueden ser excluidos de los contratos individuales, aunque sí mejorados por estos a favor de los trabajadores (art. 3.1.c) ET)”. En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Ed. Tecnos, 2012, p. 84: “A pesar de que el convenio colectivo es el producto de un contrato que surge en la esfera del Derecho privado, el ordenamiento jurídico le otorga un **tratamiento jurídico reforzado**, más allá del que derivaría de la aplicación de la dogmática civil de los contratos”: salvo pacto en contrario, sus cláusulas son imperativas para el contrato individual; más allá, principio *iura novit curia* que exime a quien lo alega demostrar su existencia y vigencia ante los Tribunales, capacidad de ser recurridas las sentencias contrarias a los convenios colectivos por infracción del ordenamiento jurídico ( arts. 193 y 207 LJS), sancionabilidad administrativa de las infracciones de sus cláusulas normativas ex art. 5.1 LOLS y, adicionalmente, eficacia general de los convenios del Título III ET.

<sup>148</sup> ROJAS MIÑO, I.: “La eficacia jurídica de los convenios colectivos”, en AA.VV, *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, (Coordinadores PÉREZ DE LOS COBOS, GOERLICH), Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 428 y 429: “El convenio constituye y tiene los efectos de una norma jurídica; así, el convenio se incorpora en el sistema de fuentes del Derecho y con ello, desde una perspectiva jurídica, cumple los objetivos del mismo, esto es, la aplicación automática e imperativa de sus cláusulas normativas en las relaciones de trabajo. O, como ha sido señalado, estas cláusulas son “verdadera y propiamente normas, que respecto de cada contrato o relación individual de trabajo juegan desde fuera, como derecho objetivo, impuesto a la voluntad de las partes de aquel contrato o relación”.

<sup>149</sup> VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Décima edición, Editorial Comares, Granada 2012, p. 209: el convenio colectivo no puede considerarse como una figura contractual más “porque la categoría del convenio colectivo no se limita a constituir un



legislación laboral con origen privado pero al que la ley le otorga el tratamiento de norma jurídica <sup>150</sup>. Ley material cogente con efecto inderogable <sup>151</sup>. La más directa y específica que regula las relaciones entre las partes <sup>152</sup>, configuradora de derechos subjetivos y dotado de los caracteres de inmediatez, imperatividad e inderogabilidad relativa <sup>153</sup>, consecuencia de la proclamación de la autonomía colectiva a los grupos profesionales con potestad normativa <sup>154</sup> para la determinación de condiciones de trabajo y empleo y para la ordenación de algunos aspectos del sistema de relaciones laborales <sup>155</sup>.

---

*sistema de derechos y obligaciones entre los sujetos negociadores, ni sus efectos típicamente normativos pueden ser equiparados a la fuerza vinculante de todo tipo contractual -privado- propiamente dicho” “El convenio colectivo es fuente de Derecho en sentido jurídico-positivo (fuente en sentido traslativo); ostenta una auténtica fuerza normativa frente a sus sujetos destinatarios distintos de las partes sociales contratantes en sentido jurídico”, p. 209: para el Tribunal Constitucional, el convenio colectivo alcanza una relevancia cuasi-pública: una vez negociado, adquiere eficacia normativa y se incardina en el sistema de fuentes del Derecho, imponiéndose a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin necesidad de técnicas de contractualización, SSTC 67/1988, de 18 de abril o 177/1988, de 10 de octubre.*

<sup>150</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Ed. Tecnos, 2012, p. 66 y 67: *“fuente específica, original de esta rama del ordenamiento sin parangón en otras esferas. Se trata de una fuente bien singular, pues tiene un origen privado contractual, resultado de libre acuerdo entre los representantes colectivos y empresarios, al que el propio ordenamiento estatal en nuestro país le da el tratamiento de norma jurídica”*

<sup>151</sup> OJEDA AVILÉS, A.: *Compendio de Derecho Sindical*, segunda edición, Editorial tecnos, Madrid 2012, p. 405 a 407: *“La cualidad más universalmente compartida de los convenios se halla en el carácter normativo, en su virtualidad de ley material cogente, de donde se habla del efecto inderogable”*, p. 405.

<sup>152</sup> MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Dirección y coordinación): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo, Volumen I, 2ª Edición*, Pamplona 2012, Thomson Reuters, Aranzadi, p. 79. En este sentido, el convenio estatutario *“sí tendría atribuida la condición de **norma jurídica**, con su correspondiente inserción en el cuadro de fuentes del Derecho”*, p. 633.

<sup>153</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VALVERDE ASENCIO, A.: *“La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa”, Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, págs. 428, *“El convenio se constituye como una auténtica norma jurídica configuradora de derechos subjetivos y dotado de los caracteres de inmediatez, imperatividad e inderogabilidad relativa. Estamos ante una fuente de derecho, “con análoga fuerza imperativa que los preceptos legislativos”, debiendo ser respetado por los acuerdos de carácter contractual”* (STC 105/1992)

<sup>154</sup> GALIANA MORENO, J.Mª: *“La eficacia de los convenios colectivos en el derecho español del trabajo”, La eficacia de los convenios colectivos, XIII Congreso Nacional de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Murcia 17 y 18 de mayo de 2002, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Informes y Estudios, Subdirección General de Publicaciones, Madrid 2003 , p. 37 a 39: entiende el reconocimiento del convenio como fuente en el contexto del desplazamiento del *monismo estatal* imperante en los códigos liberales sustituido por un *pluralismo normativo* que es, de esencia, a los ordenamientos que instauran en su marco constitucional la vigencia del Estado social y democrático de derecho; en este contexto, el pluralismo exige llevar a cabo un replanteamiento del tema de las fuentes de producción del Derecho desde la perspectiva del Ordenamiento Laboral: para el autor, *“la proclamación de la autonomía de los grupos profesionales supone reconocer a éstos naturaleza de órganos dotados de potestad normativa (y, por ello, fuentes del Derecho en sentido propio) y al producto de su autonomía negocial (el convenio colectivo de condiciones de trabajo) naturaleza asimismo de fuente traslativa del Ordenamiento Laboral”* (El autor sigue a ALONSO OLEA, M. en *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Civitas, 1994, p. 359), considerando al convenio, en cuanto fuente, necesariamente norma jurídica, *“instrumento de producción de Derecho objetivo”* p. 38.

<sup>155</sup> MERCADER UGUINA, J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 5ª Edición, tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 74 y 100: *“A la autonomía colectiva se le reconoce poder normativo en el ordenamiento estatal para*

Y en este debate, el acuerdo de inaplicación se configura igualmente como un conjunto de reglas abstractas e innominadas <sup>156</sup> que, en la materia propia del descuelgue, cumple idéntica función normativa a la del convenio colectivo en cuanto regulador de las condiciones de trabajo <sup>157</sup>, de los derechos y obligaciones inherentes a la relación laboral en esa concreta materia. Encontrándose inserto, al igual que el convenio, en el cuadro de fuentes en tanto producto de la autonomía colectiva perteneciendo, por tanto, a la familia del convenio colectivo estipulada en el precepto del 3.1. b) del ET <sup>158</sup>.

En consecuencia, su naturaleza jurídica debe asimilarse a la del convenio colectivo que inaplica, en cuanto que en la materia objeto de la inaplicación se presenta igualmente como fuente de la relación laboral al mismo nivel a estos efectos que el propio convenio colectivo, imponiéndose al igual que éste de manera automática, imperativa e inderogable *in peius* sobre las relaciones laborales de los trabajadores afectados por el descuelgue <sup>159</sup>.

---

*la determinación de las condiciones de trabajo y empleo, así como para la ordenación de determinados aspectos del sistema de relaciones laborales; este poder normativo se ejercita a través de la negociación colectiva laboral y su fruto o resultado es el convenio colectivo de trabajo"*

<sup>156</sup> Es éste un argumento esgrimido de antiguo para otorgar la calificación de norma jurídica al convenio colectivo, ALARCÓN CARACUEL, M.: "La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos", en dir. ALARCÓN, M.; DEL REY GUANTER, S., *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 64-72. Posición que, como hemos apuntado, no se comparte por determinado sector doctrinal, LAHERA FORTEZA, J: *Normas laborales y contratos colectivos*, Editorial Reus, 1ª Edición, Madrid 2008, págs. 65 a 69: "El que el convenio colectivo despliegue efectos, si se quieren llamar así, de norma no implica necesariamente que tenga naturaleza normativa. De la misma manera, el que el producto negociado tenga funciones, si se quieren llamar así, normativas, no implica que sea una norma jurídica"

<sup>157</sup> Más allá, para GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, los acuerdos de descuelgue, ya de modificación de condiciones establecidas en convenio colectivo ex 41.2 ET, ya de fijación de un régimen económico especial del 82.3 ET, **se constituyen como una de las fuentes posibles de regulación de numerosos aspectos de la relación laboral**, junto con los acuerdos del 22.1 ET, clasificación profesional, los del 24.1 ET, ascensos, 29.1 ET, recibo de salarios, 31 ET, acuerdos de fijación de fecha de abono de la segunda paga extra, o de distribución anual de la jornada y determinación del tiempo diario de trabajo del 34.1 y 34.2 ET, frente a un segundo grupo, los acuerdos del 40 ET, del 41 ET, del 47 y del 51 ET, que se contemplarían como método de adopción de decisiones que atenderían a la organización productiva y, derivadamente, a la gestión de recursos humanos de la empresa, o frente a un tercer grupo, los del 67.1 ET, 78.1 ET o 10.2 LOLS que aparecerían como instrumentos apropiados para la adopción de medidas referentes a las relaciones colectivas de trabajo y, en particular, a la representación unitaria o sindical de los trabajadores.

<sup>158</sup> En este sentido, diferenciando entre acuerdos colectivos y acuerdos de descuelgue del anterior, se pronunciaba OJEDA AVILÉS, A.: "Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos", *Actualidad Laboral*, nº 17, 24-30 abril 1995, págs. 261 a 265, a propósito de los arts. 41.2.3º ET y 82.3 ET "En cambio, el de determinación de las nuevas condiciones salariales sí pertenecería claramente a la familia de los convenios colectivos, por su función reguladora, aún cuando no todos los autores piensen lo mismo"

<sup>159</sup> Incluso, a estos efectos, se ha señalado que poco importaría que el convenio tuviera carácter normativo o no, "pues aunque sólo tuviera carácter contractual, no dejaría de operar como instrumento regulador de las relaciones de trabajo", GARCÍA MURCIA, J.: "Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 68, año 2007, p. 30: "Lo que parece estar escondido en esa escueta reseña legal es el poder de regulación característico de la autonomía colectiva (que es la verdadera fuente de creación de las reglas convencionales o pactada) y no tanto un determinado tipo de convenio", p. 31.

## *1.2.- Naturaleza jurídica de la decisión sustitutiva en órganos tripartitos de solución de la discrepancia*

Como novedad en la norma en lo que se refiere al procedimiento de inaplicación tras la reforma laboral de 2012, una vez constatado el fracaso de la negociación en el período de consultas, ante la comisión paritaria del convenio en su caso, o ante el órgano de solución autónoma del conflicto, cualquiera de las partes va a poder someter la controversia ante determinados órganos colegiados integrados por representantes de la Administración y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas al objeto de que por éstos se tome una decisión sobre la inaplicación, decisión que podrá ser adoptada en su propio seno o mediante árbitro designado al efecto. En concreto, podrá solicitarse la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de condiciones afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, ante los correspondientes órganos autonómicos en los demás supuestos <sup>160</sup>.

La previsión normativa ha sido objeto de una intensa discusión doctrinal, polémica que incluso ha conllevado el planteamiento de recursos de inconstitucionalidad por supuesta vulneración de los derechos a la negociación colectiva, libertad sindical, así como al derecho a la tutela judicial efectiva. Nos ocupamos expresamente de esta cuestión en epígrafe expreso en Capítulo dedicado a la gestión del desacuerdo en el período de consultas en el que abundaremos en las cuestiones relacionadas con su normativa reguladora, - anticipamos ya que la pretensión de inconstitucionalidad ha sido rechazada en recientes resoluciones del Tribunal Constitucional -<sup>161</sup>.

No obstante, a los efectos que nos interesan en un Capítulo como el presente dedicado expresamente a la naturaleza jurídica de la decisión o del laudo, frente a la predicada naturaleza como producto derivado de la autonomía colectiva *ex art. 37 CE* del acuerdo alcanzado en el período de consultas, o del acuerdo suscrito en fases posteriores ante la comisión paritaria del convenio o ante los órganos de solución autónoma de conflictos, incluso de las posibles intervenciones decisorias ante estos dos últimos órganos en la gestión del desacuerdo previo compromiso arbitral, en el supuesto de la resolución de la discrepancia mediante decisión en el seno de la Comisión Consultiva u órgano equivalente de comunidad autónoma, o mediante árbitro designado al efecto, ya no nos encontramos ante el ejercicio de las partes negociadoras de su derecho a la autonomía colectiva, teniendo la intervención en principio naturaleza arbitral <sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> Nueva redacción del penúltimo párrafo del art. 82.3 ET primero a través del art. 14 del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, BOE nº 36 de 11 de febrero de 2012, después, tras redacción del art. 14 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, BOE nº 162 de 6 de julio de 2012.

<sup>161</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de fecha 16 de julio de 2014, en recurso de inconstitucionalidad 5603/2012, Ponente Andrés Ollero Tassara y Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015, de fecha 22 de enero de 2015, en recurso de inconstitucionalidad 5610/2012, Ponente Encarnación Roca Trías.

<sup>162</sup> En este sentido se pronuncia BLASCO PELLICER, A: "Convenios colectivos estatutarios: contenido, eficacia e inaplicación", *Actualidad Laboral*, nº 10, Sección Estudios, Octubre 2013, tomo 1, p. 1233 y 1234, tanto la resolución de la discrepancia en el seno de la Comisión como mediante la designación de un árbitro tienen naturaleza arbitral

En este sentido, se trata de una actuación decisoria de órganos ajenos a la negociación que en principio no podría calificarse propiamente ejercicio de la autonomía colectiva, en cuanto que va a ser un tercero el que va a resolver la controversia sin la habilitación previa mediante suscripción del compromiso arbitral, ni en caliente, -a la actualización del conflicto-, ni en frío, -mediante compromiso anterior en convenio o acuerdo interprofesional-.

Al no existir habilitación previa de las partes en conflicto, encontramos ante un mecanismo de solución heterónoma del conflicto, diferenciándose claramente de los supuestos de posibles arbitrajes consensuados por las partes en las vías de solución autónoma del conflicto

<sup>163</sup>.

Sentado lo anterior, para determinar la naturaleza del acto dictado por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o por el órgano equivalente de Comunidad Autónoma va a resultar presupuesto necesario indagar, a su vez, en la naturaleza jurídica de estos órganos.

Así, en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, nos encontramos ante un órgano colegiado, de carácter tripartito, paritario y adscrito orgánicamente al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, que ejerce sus competencias con independencia y autonomía funcional plenas <sup>164</sup>, y que ajusta su funcionamiento, además de por su normativa reguladora, en lo no previsto en ella, por las normas generales de actuación de los órganos colegiados según lo dispuesto en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común <sup>165</sup>.

Lo mismo cabe predicar a estos efectos de los órganos equivalentes de Comunidad Autónoma, cada uno en función de su propia normativa reguladora. Todos ellos órganos colegiados, tripartitos, paritarios y adscritos orgánicamente al respectivo departamento con competencia en la materia.

Desde esta perspectiva, en cuanto órganos colegiados en el que participan organizaciones representativas de intereses sociales <sup>166</sup>, son órganos que quedan integrados en la Administración de Trabajo <sup>167</sup>. De ahí que, en el caso del órgano estatal, el nombramiento de

---

<sup>163</sup> A estos efectos el V Convenio General del Sector de la Construcción publicado en el BOE nº 64, de 15 de marzo de 2012, en cuyo Capítulo III, art. 17 apartado 5, las partes se comprometen a someter la discrepancia no resuelta en la comisión paritaria al SIMA u órgano competente. En este supuesto, como quiera que existe ese compromiso arbitral “en frío” materializado en el propio Convenio colectivo, nos movemos en el ámbito de la autonomía colectiva, no así en el mecanismo ante la CCNCC u órgano de CCAA equivalente previsto en el art. 82.3 ET que analizamos.

<sup>164</sup> Disposición final segunda del ET desarrollado en el art. 2 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>165</sup> Disposición Final segunda de su normativa reguladora Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre

<sup>166</sup> Art. 22.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con art. 39.3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

<sup>167</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 219/2013, de fecha 9 de diciembre de 2013, en recurso 339/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana García, F.J. 5º: “1.- La CCNCC fue creada por la Disposición Final Octava de la Ley 8/1980, de 19 de marzo, Estatuto de los Trabajadores, estableciéndose que el Ministerio de Trabajo dictará las disposiciones oportunas para su constitución y funcionamiento autónomo, estableciéndose que funcionará siempre a nivel tripartito. Desde dicha norma se han venido ampliando sus competencias. Su naturaleza jurídica es la de un órgano de carácter colegiado de

sus miembros se efectúe mediante Orden ministerial. O de ahí que el sistema de compensaciones económicas a los árbitros se establezca mediante Real Decreto y de conformidad, además, con la normativa general en materia de subvenciones <sup>168</sup>.

Ahora bien, una cosa es que el órgano tripartito quede integrado en la Administración de Trabajo, en cuanto órgano colegiado en el que participan organizaciones representativas de intereses sociales, y otra muy diversa que participe en la estructura jerárquica de aquélla.

En este último sentido, la propia Ley Reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas expresamente remarca como regla general la independencia jerárquica de estos, órganos salvo previsión expresa en su respectiva norma de creación <sup>169</sup>. Lo que no es el caso de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, pues el propio Reglamento por el que se regula su composición y funcionamiento expresamente determina que ejercerá sus competencias con independencia y autonomía funcional plenas <sup>170</sup>. Remarcando su composición paritaria y tripartita y su adscripción a la Administración Pública, ejerciendo sus competencias con independencia y autonomía funcional plenas, la resolución del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 16 de julio de 2014 por la que se declara el ajuste constitucional de la previsión legal.

En todo caso, en el debate acerca de la naturaleza jurídica del órgano tripartito, el Tribunal Supremo de manera reiterada se ha pronunciado en el sentido de la naturaleza administrativa

---

*composición tripartita, integrado por representantes de la Administración del Estado y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social a través de la Dirección General de Empleo, que ejerce sus competencias con independencia y autonomías plenas - art 2 RD 1362/2012 -. Su régimen jurídico de funcionamiento se encuentra regulado en el RD indicado, estableciéndose en su Disposición Funcional Segunda que, en lo no previsto en dicha norma, se aplicará lo establecido en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, RJAP y PAC. Se trata por lo tanto de un órgano **integrado en la Administración de Trabajo**. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 22.2 de la Ley 30/1992, conforme a esta norma, los órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas en los que participen organizaciones representativas de intereses sociales "podrá establecer o completar sus propias normas de funcionamiento" y "quedarán integrados en la Administración pública que corresponda", aunque, salvo disposición específica al efecto, sin integrarse en su estructura jerárquica." (Negrita del que suscribe)*

<sup>168</sup> Orden ESS/862/2012, de 27 de abril, por la que se designan los miembros titulares y suplentes de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y Real Decreto 429/2013, de 14 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras de las compensaciones económicas a los árbitros designados por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en relación con la inaplicación de las condiciones de trabajo de los convenios colectivos, BOE nº 157 de 2 de julio de 2013, compensaciones económicas que quedan bajo regulación La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

<sup>169</sup> Art. 22 apartado 2 párr. 2º de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común: *Los órganos colegiados a que se refiere este apartado **quedarán integrados en la Administración Pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado.*** (Negrita del que suscribe)

<sup>170</sup> Art. 2 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos <sup>171</sup>, por lo que a la hora de determinar la naturaleza de la decisión o del laudo resulta ineludible partir de esta afirmación.

Ahora bien, dicho esto, una cosa es que se trate de un órgano de naturaleza administrativa en el sentido amplio del término, integrado en la Administración General del Estado, o en la correspondiente Comunidad Autónoma, como órgano tripartito en el que participan organizaciones representativas de intereses sociales, al estar adscrito como hemos visto al Ministerio de Empleo y Seguridad Social a través de la Dirección General de Empleo o de la Consejería correspondiente, y otra muy diferente que nos encontremos ante un órgano administrativo que dicte actos administrativos en el sentido jurídico del término en el ejercicio de una determinada potestad administrativa, tal y como se mantiene desde determinado sector doctrinal <sup>172</sup>.

En esta línea, determinada doctrina judicial concluye que nos encontramos ante un órgano administrativo colegiado del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, conforme a los artículos 5 , 38 y 39 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que tras el correspondiente procedimiento administrativo va a dictar un acto administrativo cuya naturaleza no pierde su condición en el supuesto de que se delegue la resolución final en un árbitro designado por la Comisión <sup>173</sup>.

En diferente interpretación, se concluye que su naturaleza sería la de un órgano “atípico” y no la de un órgano administrativo en sentido propio dado su carácter tripartito <sup>174</sup>, señalándose

---

<sup>171</sup> Pronunciamientos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo a propósito del orden jurisdiccional competente en los recursos contra los acuerdos de aquélla de sometimiento a arbitrajes de discrepancias en los procesos de derogación de ordenanzas laborales, por todos Auto del Tribunal Supremo número 14/2002, de fecha 17 de junio de 2002 en recurso 27/2001, Ponente Luis Ramón Martínez Garrido, reiterando doctrina sentada en sentencias de 4, 13, 18 y 21 de diciembre de 2.000, así como en las de 9 de febrero y 14 de marzo de 2.001 ; no obstante, tratándose de un conflicto originado dentro de la rama social del Derecho y encontrándose el conflicto de impugnación del laudo en el ámbito del orden jurisdiccional social de conformidad con lo prevenido en el art. 2 h), n) y t) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, el criterio debe obviamente rectificarse en cuanto a la competencia del orden social, criterio confirmado por el propio legislador en lo que se refiere a la impugnación de los laudos en descuelgues de convenios ex art. 82.3 ET en relación con art. 91 del mismo cuerpo legal.

<sup>172</sup> Para CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 408 y 409, nos encontramos ante actos administrativos dictados por órganos administrativos: “Sin embargo, lo definitorio de estos organismos es, de un lado su carácter de órganos administrativos, que dictan actos administrativos y, por tanto, no son propiamente expresión de la autonomía colectiva”

<sup>173</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 28/2014, de 11 de febrero de 2014, en recurso 356/2013, Ponente López Parada, F.J. 10º: “Por consiguiente nos encontramos ante un procedimiento administrativo que va a producir, al término del mismo, un acto administrativo, bien dictado por el propio órgano, bien delegando en un llamado “árbitro” que no es propiamente tal, dado que no existe sumisión voluntaria y expresa de las partes a su decisión. Esta naturaleza administrativa de la actuación resolutoria de la solicitud de inaplicación convencional no pierde su condición cuando se delega la resolución final en un árbitro imparcial designado por la Administración siguiendo el procedimiento reglamentario”

<sup>174</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 369 y 370: “En este sentido, la primera cuestión

que su papel no es estrictamente igual al que corresponde al ejercicio de una potestad administrativa en sentido estricto <sup>175</sup>.

A nuestro juicio, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o en su caso el árbitro, no desarrolla una actividad que tenga por objeto la realización “*de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado*” propias de los organismos públicos. Ni siquiera en calidad de una organización instrumental diferenciada pero dependiente de ésta. Menos aún funciones ejecutivas de carácter administrativo propias de la Administración General del Estado de manera directa <sup>176</sup>.

Específicamente, no desarrolla en régimen de descentralización funcional actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos competencia de los organismos autónomos <sup>177</sup>. Menos aún se le encomienda en la norma la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación propias de las entidades públicas empresariales <sup>178</sup>, por lo que no puede calificarse propiamente ni como un organismo autónomo ni como una entidad pública empresarial. Lo mismo puede predicarse de los correspondientes organismos a nivel autonómico en su respectivo ámbito.

En esta lectura, nos encontramos por tanto ante un organismo público en el más amplio sentido del término, dada su normativa de creación y su adscripción, vinculado, que no dependiente, a la Administración General del Estado, o en su caso a la correspondiente comunidad autónoma, organismo colegiado y tripartito que no ejerce competencias y potestades administrativas, por lo que va a someter su actividad con carácter general a lo que disponga su norma de creación <sup>179</sup>: en el supuesto de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se desarrolla su naturaleza, funciones, composición y funcionamiento en lo que se refiere tanto a sus funciones consultivas, de observatorio de la negociación colectiva y decisorias. Sólo en lo no previsto en el citado Reglamento, la Comisión ajustará su funcionamiento a las normas

---

*que plantea la nueva competencia de la CCNCC es si la intervención en la solución arbitral de las discrepancias en la negociación de los descuelgues tiene o no carácter administrativo, cuestión que en buena medida depende de la naturaleza que se atribuya a la institución. En principio el carácter tripartito permite configurarla no como un órgano administrativo en sentido propio sino como un órgano atípico en el que participa la Administración. No obstante, algún autor ha considerado que la configuración formal tripartita permite camuflar un arbitraje obligatorio “público” resuelto por la Administración, y ello atendiendo a la lógica del funcionamiento interno de la comisión, donde es previsible que se reproduzcan las discrepancias de origen y se resuelvan finalmente con el voto de calidad de la Administración”*

<sup>175</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 113.

<sup>176</sup> Art. 2 de la Ley Orgánica 6/1997, de 14 de abril, sobre funcionamiento de la Administración General del Estado.

<sup>177</sup> Art. 45 de la Ley 6/1997, de 14 de abril.

<sup>178</sup> Art. 53 de la Ley 6/1997, de 14 de abril.

<sup>179</sup> Art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

generales de actuación de los órganos colegiados previstas en la normativa del régimen jurídico de las Administraciones públicas y al procedimiento administrativo común que actuarían como supletorias<sup>180</sup>.

Desde esta perspectiva, ni la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, ni menos aún el laudo arbitral, se encuentran sujetos al Derecho Administrativo.

No nos encontramos ante un acto unilateral de la Administración por el que se ejerciten competencias y potestades administrativas a través de las cuales se impongan consecuencias jurídicas al administrado desde la perspectiva de esta rama pública del Derecho, sino ante una decisión colegiada fruto de la concurrencia de las voluntades de las tres partes integrantes del órgano colegiado por la que se va a excepcionar la aplicación de un convenio colectivo que, por definición, establece las condiciones de trabajo aplicables en un determinado ámbito restringido a las partes representadas en la negociación.

A mayor abundamiento, esta decisión o laudo en modo alguno se encuentra sometida a las reglas propias del procedimiento administrativo. Antes al contrario, el procedimiento de actuación en lo que concierne a las funciones decisorias se rige en su totalidad por la normativa laboral contenida en la Sección Segunda del Capítulo V de su norma de regulación, el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre.

Tampoco la decisión o el laudo se encuentran sometidos a las reglas de control judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa propias de los actos administrativos, pues a tenor de lo prevenido en el art. 82.3 ET serán recurribles conforme al procedimiento y en base a los motivos del procedimiento específico de impugnación del convenio colectivo previsto en el Capítulo IX, del Título II Libro I de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Del mismo modo, tampoco podrían aplicárseles las amplias potestades de revisión de la Administración propias del acto administrativo de conformidad con lo prevenido en el Título VII de la Ley 30/1992. En este sentido, cabe recordar que la propia Ley confiere a la decisión o al laudo la misma eficacia que la del acuerdo alcanzado en el período de consultas, esto es, jurídico normativa y personal general.

Por estos motivos, no compartimos el criterio de que la decisión tenga la consideración de un acto administrativo en el sentido estrictamente jurídico del término. Ni por su forma, ni por su contenido, ni por la naturaleza colegiada y tripartita del órgano decisor. Menos aún en el supuesto del laudo dictado por árbitro nombrado al efecto, por mucho que éste hubiera sido propuesto por el órgano decisor.

Ahora bien, sentado lo anterior, como hemos apuntado líneas arriba, el Tribunal Supremo se ha pronunciado de manera reiterada en el sentido de la naturaleza administrativa de la

---

<sup>180</sup> Disposición final segunda del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre.



Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos <sup>181</sup>, por lo que debemos partir de esta consideración, por muy matizable que resulte en cuanto órgano tripartito y paritario.

Y en este debate, que la norma otorgue a la decisión o al laudo la misma eficacia que se predica del acuerdo alcanzado en el período de consultas va a tener su trascendencia a estos efectos.

Por analogía, a propósito de las decisiones de extensión de convenios colectivos ex art. 92 ET, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional calificó a los acuerdos de extensión como una “actuación administrativa de carácter reglamentario” <sup>182</sup>. Y en este sentido los argumentos que la doctrina científica manejaba para llegar a esta conclusión en cierta manera podrían resultar aplicables para el supuesto del acuerdo de inaplicación: *“Por su eficacia jurídica, por el círculo indeterminado de personas a las que se dirige, por su generalidad y abstracción y por su vocación de ordenar un conjunto de relaciones laborales, el acto de extensión se presenta como un verdadero y auténtico Reglamento. Pero lo es, sobre todo y de manera palpable, por su fuerza innovadora y por su incorporación al ordenamiento jurídico.”* <sup>183</sup>. En este sentido, la eficacia jurídica normativa de la decisión de inaplicación o del laudo, su vocación de generalidad, -con la consiguiente eficacia *erga omnes* en el ámbito del conflicto-, o su finalidad, -con un contenido regulador de derechos y obligaciones en el ámbito del conflicto-, permitirían concluir en parecidos términos.

---

<sup>181</sup> Auto del Tribunal Supremo número 14/2002, de fecha 17 de junio de 2002 en recurso 27/2001, Ponente Luis Ramón Martínez Garrido, reiterando doctrina sentada en sentencias de 4, 13, 18 y 21 de diciembre de 2.000, así como en las de 9 de febrero y 14 de marzo de 2.001.

<sup>182</sup> Como “actuación administrativa reglamentaria” se calificó la actuación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en materia de extensión de convenios en doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha 17/1986, de 4 de febrero, a propósito de conflicto de competencia 224/1984 promovido por el Gobierno Vasco contra el Real Decreto 2976/1983, de 9 de noviembre por el que se regulaban las funciones de consulta preceptiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en materia de extensión de convenios colectivos ex art. 92 ET: F.J. 3º: *“La cuestión de la naturaleza jurídica del acuerdo administrativo por el que se decide la extensión de un convenio colectivo a sujetos diferentes de aquellos que lo han celebrado, es tema escasamente analizado y de difícil solución, aunque la mayor parte de la doctrina de nuestro país parece inclinarse a su consideración como **actuación administrativa de carácter reglamentario**. Así, se ha dicho que el acto de extensión no es, él mismo, un convenio colectivo en sentido propio, sino que tiene la naturaleza propia de una norma estatal que asume y hace suyo el contenido de un convenio. El acto de extensión es un reglamento administrativo, cuyo contenido queda integrado per relationem a través de las disposiciones establecidas en el convenio.”* (Negrita del que suscribe)

<sup>183</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, número 26, mayo-agosto 1989, p. 85: *“Por su eficacia jurídica, por el círculo indeterminado de personas a las que se dirige, por su generalidad y abstracción y por su vocación de ordenar un conjunto de relaciones laborales, el acto de extensión se presenta como un verdadero y auténtico Reglamento. Pero lo es, sobre todo y de manera palpable, por su fuerza innovadora y por su incorporación al ordenamiento jurídico. El acto de extensión, en efecto, no pretende, al estilo de un acto administrativo singular o general, cumplimentar con mayor o menor amplitud una norma; el fin perseguido es, bien al contrario, instaurar una norma, estableciendo derechos y obligaciones dentro de un grupo profesional definido por criterios territoriales y funcionales conocidos, y ordenando, a partir de entonces, las relaciones laborales desde la superioridad que brinda su autoridad normativa”* (Negrita del que suscribe)

No obstante, a nuestro juicio, asimilar la actuación del órgano tripartito en el supuesto de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo *ex art. 82.3 ET* a una actuación reglamentaria de la Administración nos parece excesivo.

Y ello tanto desde la perspectiva del sujeto del que emana la decisión de inaplicación, - mayoritariamente integrado por representantes de las organizaciones empresariales y sindicales-, como desde la de su contenido, -que se limita a aceptar o no la solicitud de inaplicación en los estrictos términos del debate sostenido en la negociación previa, nos ocuparemos de analizar esta cuestión en el Capítulo dedicado a la gestión del desacuerdo-. En este sentido, la Comisión Consultiva u órgano equivalente ni ejecuta una Ley, ni la completa, ni mucho menos regula *ex novo* una determinada materia. Por no decir que el órgano tripartito en modo alguno tiene atribuida legalmente potestad reglamentaria alguna.

Por lo tanto, en estos términos, solo en la acepción más coloquial de la actividad “reglamentaria”, en cuanto conjunto de reglas, podría admitirse esta asimilación.

No obstante, en el caso de la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano equivalente autonómico exista una razón para descartar esta interpretación.

En este sentido, la circunstancia de que nos encontremos ante una actuación subsidiaria de la previa negociación colectiva llevada a cabo en el preceptivo período de consultas, ante la paritaria en su caso, y ante los órganos de solución autónoma de conflictos *ex art. 83 ET*, unida a la circunstancia de que se trata de una actuación de último grado y que se presenta ausente de contenido normativo “positivo” al limitarse el órgano tripartito a aceptar o rechazar la solicitud, -nos remitimos nuevamente a estos efectos al Capítulo dedicado a la gestión del desacuerdo-, nos conduce a interpretar que nos encontramos simple y llanamente ante una decisión arbitral en el ámbito de la negociación colectiva de un órgano al que sólo en el sentido amplio del término puede considerársele como Administración.

## **2.- DESCUELQUE, ADAPTACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO Y DESCENTRALIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA**

En la primera parte del presente Capítulo hemos tomado posición en relación con la naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue y de la decisión sustitutiva del mismo en situaciones de bloqueos negociales. Estas últimas dictadas bien en el seno de la comisión paritaria o de los procedimientos autónomos de solución de conflictos ante órganos bipartitos creados mediante acuerdos *ex art. 83 ET*, bien ante órganos tripartitos, Comisión Consultiva de Convenios Colectivos u órgano equivalente autonómico, en la última fase de la gestión del desacuerdo.

En esta segunda parte del Capítulo nos ocupamos de analizar el papel que la institución de la inaplicación de convenio *ex art. 82.3 ET* desempeña en cuanto instrumento de adaptación de las condiciones de trabajo en la empresa.

En este sentido, la inaplicación de condiciones pactadas en convenio cobra un papel protagonista en el paulatino y progresivo proceso de descentralización de la negociación colectiva hacia el ámbito de la empresa iniciado con la reforma del año 1994, potenciado en la del año 2010, acentuado sobremanera en la reforma del año 2011 y culminado, hasta este momento, con la reforma laboral materializada en el año 2012.

Dicho esto, el descuelgue de convenio colectivo no es la única opción legal para el cumplimiento del objetivo, compartiendo escenario con otra institución, la de la preferencia aplicativa del convenio de empresa ex art. 84.2 ET. Si bien con importantes diferencias entre una y otra que exigen que nos detengamos en su análisis, más aún a la vista de que no son pocas las veces en que se produce confusión entre una y otra figura.

### *2.1.- El descuelgue como instrumento para la adaptación de las condiciones de trabajo en la empresa*

El objetivo declarado de la reforma laboral de 2012 se centra en el establecimiento de un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación y la estabilidad en el empleo. Ésta es al menos la intención que se desprende del tenor literal declarado en la exposición de motivos de la norma de urgencia <sup>184</sup>.

A la luz de esta declaración de principios, la flexibilidad interna, en cuanto alternativa real a la destrucción de empleo, juega un papel fundamental, resultando indisimulada la intención del legislador de favorecer en la reforma los mecanismos para la adaptación de las condiciones de trabajo a las concretas circunstancias de las empresas <sup>185</sup>.

En este contexto, se proponen una serie de medidas entre las que cobra especial trascendencia la materia de la negociación colectiva, en el *desiderátum* de que ésta se convierta en un instrumento y no en un obstáculo para la adaptación de las condiciones laborales a las concretas circunstancias de las empresas <sup>186</sup>. De este modo, la institución para la

---

<sup>184</sup> Apartado II párrafo 1º Exposición de Motivos al Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: “ *La reforma laboral que recoge este Real Decreto Ley es completa y equilibrada y contiene medidas incisivas y de aplicación inmediata, al objeto de establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país.*”

<sup>185</sup> Apartado IV párrafo 2º Exposición de Motivos al Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, a propósito de las medidas del capítulo III de la norma de urgencia para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo, expresamente señala: “ *El conjunto de medidas que se formulan en este capítulo tienen como **objetivo fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa.** Con este objetivo son varias las reformas que se abordan.*”

<sup>186</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto Ley 3/2012”, *Diariolaley.es*, nº 7833, año 2012, p. 10 y 11: “*El principal objetivo del legislador de urgencia en 2012 ha sido “que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de las empresas”, para ello ha ampliado los mecanismos a través de los cuales los empresarios pueden adaptar e, incluso, disponer de las condiciones de trabajo de sus trabajadores, por medio o a pesar de la negociación colectiva a nivel de empresa*”

inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo resulta pieza clave, que no única, en el entramado de medidas favorecedoras de la flexibilidad interna que se proponen, pues la operación normativa se apoya en varios escenarios normativos pero con un mismo fundamento, *“posibilitar la adaptación de la regulación colectiva de condiciones de trabajo a las exigencias de flexibilidad interna en la empresa”* <sup>187</sup>.

En consecuencia, avanzando en el proceso iniciado con la reforma en materia de negociación colectiva de junio de 2011, la nueva regulación legal abunda en la preferencia otorgada a la negociación colectiva de empresa a través de la confirmación y reforzamiento del principio de prioridad aplicativa al convenio o al acuerdo de empresa. Y lo hace a través de *“dos piezas normativas complementarias”*, la del descuelgue ex art. 82.3 ET y la de la preferencia aplicativa del convenio de empresa ex art. 84.2 ET, que encuentran sólido fundamento en la protección de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad del art. 38 CE <sup>188</sup>.

No es discutible el interés del legislador en la potenciación del espacio de negociación colectiva en el ámbito de la empresa <sup>189</sup>. Y en este objetivo de prevalencia del interés empresarial en la ordenación de las relaciones laborales, la institución del descuelgue de convenio colectivo juega, de nuevo en la reforma de 2012, un papel primordial en cuanto que se configura como

---

<sup>187</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 17 y 18, es la nota relevante de las reformas del sistema negocial español tras las reformas 2011 y 2012: *“La operación normativa es de calado y tiene varios escenarios normativos, que no obstante se apoyan en un mismo fundamento, posibilitar la adaptación de la regulación colectiva de condiciones de trabajo a las exigencias de flexibilidad interna en la empresa”*. Sin discutir la entidad de los cambios, nos encontramos ante propuestas que avanzan en el camino ya iniciado en la reforma del 2011, lo que resulta necesario remarcar.

<sup>188</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimosegunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 2013, p. 379: *“El principio de prioridad aplicativa al convenio o acuerdo de empresa, introducido por el RD-L 7/2011 y reforzado y ampliado en la Ley 3/2012, consta de dos piezas normativas complementarias. Una es la preferencia al convenio de empresa, en caso de concurrencia con un convenio de ámbito superior, respecto de las principales materias de la negociación colectiva; y la otra, la potestad del empresario y de los representantes de los trabajadores a nivel de empresa de acordar en determinadas circunstancias la inaplicación o desvinculación de un convenio colectivo sectorial respecto también de los contenidos más significativos de la negociación colectiva (art. 82.3 ET, redacción Ley 3/2012). Este principio de prioridad aplicativa al convenio o acuerdo de empresa encuentra un sólido fundamento en la protección de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad (art. 38.1 CE), que favorece el reconocimiento de preferencia a la negociación colectiva de empresa en las materias nucleares de la gestión de personal”*

<sup>189</sup> Hasta el punto de que para determinada doctrina, el legislador equipara mejorar la estructura negocial y potenciar la negociación a nivel de empresa: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 8, la “emergencia”, se refiere al proceso reformador de la negociación colectiva iniciado en 2010 y culminado en 2012, *“ha puesto sin embargo el énfasis en otro aspecto de los cambios estructurales que se pretendían, en el espacio de negociación de la empresa. Se ha producido una equiparación entre “mejorar la estructura negocial” y “potenciar el convenio de empresa”, haciendo de lo segundo el único objetivo de las iniciativas dirigidas a lograr lo primero, así como el único criterio para valorar su éxito. En contraste, por ejemplo, con lo que se pretendía durante décadas cuando el objetivo era “racionalizar la estructura de la negociación colectiva, evitando la atomización actualmente existente” (AINC 1997)”*

el principal resorte para la adaptación de las condiciones de trabajo <sup>190</sup>, el “arma definitiva” en este campo <sup>191</sup>.

La insuficiencia de los mecanismos de adaptación de los convenios colectivos es la carencia que se trata de superar, deficiencia que de manera pacífica se reconocía como característica estructural de nuestro modelo de negociación colectiva incluso por los propios interlocutores sociales <sup>192</sup>. En este contexto, “*los cambios no pueden ser superficiales, sino profundos; y no pueden ser temporales, sino permanentes*” <sup>193</sup>, pues no nos encontramos ante una situación coyuntural que se hubiera puesto de manifiesto mediante la crisis <sup>194</sup>.

En este sentido, probablemente estemos ante la culminación en la evolución del modelo de negociación colectiva en cuyo marco legal, si bien se pueden constatar diferentes orientaciones legislativas, se observa como denominador común un paulatino proceso de descentralización de la negociación colectiva hacia el ámbito de la empresa <sup>195</sup>. Desde la línea neutral en la ordenación del tejido convencional en la LET de 1980, en la que el objetivo era asegurar la estabilidad del sistema; a la lógica dirigista de la reforma de 1994, en el claro objetivo de descentralizar su estructura y potenciar el nivel de empresarial a través de la tipificación de los acuerdos de empresa, entre ellos, los acuerdos de descuelgues <sup>196</sup>; pasando

---

<sup>190</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 49: “*la particular fisonomía de la institución desde la aprobación del RDL 3/2012 la convierte, como se ha indicado, en la gran protagonista de las reformas en materia de negociación: culmina de forma radical la evolución comenzada en 2010 y, sobre todo, hace prevalecer el interés de la empresa en la ordenación de las relaciones laborales de forma igualmente radical y, con toda certeza, de un modo mucho más intenso que la regla derivada del nuevo art. 84.2 ET*”

<sup>191</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 31

<sup>192</sup> No hay más que remitirse a los Acuerdos Interconfederales en materia de empleo y negociación colectiva para comprobar esta afirmación, el Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva suscrito a 9 de febrero de 2010, BOE nº 46 de 22 de febrero de 2010 con una vigencia 2010, 2011 y 2012, “renovado” anticipadamente mediante el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, BOE nº 31 de 6 de febrero de 2012 respectivamente.

<sup>193</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 8.

<sup>194</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 11.

<sup>195</sup> A propósito de la reforma de 1994, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, págs. 290 y 291 denominaba al acuerdo de empresa por el que se permitía una modificación peyorativa de ciertas condiciones establecidas en convenio estatutario, antiguo art. 41.2 3ªET en redacción dada por Ley 11/1994 como un supuesto de “*descentralización empresarial*”.

<sup>196</sup> No obstante, como manifestó GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, p. 43, se trataba de un impulso de la negociación colectiva de ámbito empresarial, primero, generalizado en derecho comparado, segundo, que no suponía del todo un cambio de tendencia hacia la unidad empresarial, “*No sólo porque desde la Ley de 1958, al menos, la empresa fue una de las unidades de negociación admitidas expresamente por la ley, junto a la rama o sector de actividad; sino también, más aún, porque la empresa ha sido uno de los ámbitos predominantes en la estructura de nuestra negociación colectiva, que tradicionalmente, y por distintos factores, ha sido muy atomizada*”, pág. 43 con citas de VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Notas sobre la

por la profunda, y bastante desapercibida, reforma del Título III del ET en el año 2011, propuesta legislativa de urgencia en la que se impulsaba significativamente la descentralización hacia la empresa pero haciendo posible al mismo tiempo que la negociación centralizada pudiera condicionar o concluir dicho proceso, de ahí el calificativo de “bipolar”<sup>197</sup>; hasta la reforma del 2012, en la que se profundiza en el proceso descentralizador posibilitando la gestión efectiva de los desacuerdos en los descuelgues y blindando a la negociación colectiva de empresa frente a cualquier intento de condicionamiento o articulación desde niveles superiores<sup>198</sup>.

Excede del objeto del presente trabajo detenernos en los orígenes y antecedentes de una institución como la del descuelgue de convenio colectivo que se remonta a la negociación interconfederal al máximo nivel a comienzos de la década de los años 80<sup>199</sup>, dándose expresa cabida a la figura por vez primera en el ordenamiento laboral a raíz de la reforma laboral del año 1994<sup>200</sup>. No obstante, el alcance de la reforma del 2012 y su funcionalidad como instrumento de adaptación de las condiciones de trabajo en la empresa, no puede comprenderse sino en el contexto del proceso reformador iniciado a partir de junio de 2010 y sobre el que se profundiza en junio de 2011 a la vista de los importantes cambios establecidos en la regulación de su régimen jurídico.

A partir de la reforma operada en el año 2010<sup>201</sup>, la negociación supraempresarial pierde su anterior protagonismo a favor de la negociación en el ámbito empresarial<sup>202</sup>, consciente el legislador de que la experiencia negocial no había estado a la altura de las expectativas creadas con su introducción en un intento de minorar los obstáculos e impedimentos para la

---

reforma del marco legal de la negociación colectiva”, AA.VV., La reforma de la negociación colectiva, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 139 y ss; y MERCADER UGUINA, R.: *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Civitas, Madrid, 1994 págs. 110 y ss.

<sup>197</sup> MERINO SEGOVIA, A.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, p. 252

<sup>198</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 8 a 11: “Por su parte, el RDL 3/2012 da un giro importante, aunque ponderado a mi juicio, en relación con la estructura de la negociación colectiva, que rompe con este planteamiento, dando preferencia a la negociación colectiva de empresa, al quedar blindada frente a cualquier intento de condicionamiento o articulación desde niveles superiores”

<sup>199</sup> Para mayor detalle de su origen y evolución, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC”, Jornada técnica de la CCNCC “Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET”, Madrid 18 de junio de 2014, p. 3 a 6 inclusive.

<sup>200</sup> Nueva redacción del art. 41.2.3º ET y del art. 82.3 ET a través de los artículos quinto y octavo, respectivamente, de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, BOE nº 122 de fecha 23 de mayo de 1994.

<sup>201</sup> Primero, con la nueva redacción del art. 41.6 ET y del art. 82.3 ET ex art. 5 y art. 6 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, BOE nº 227 de fecha 18 de septiembre de 2010; segundo, con las modificaciones introducidas en la redacción de los arts. 41.6 ET y 82.3 ET ex art. 6 apartado 3 y 5, respectivamente, del Real Decreto Ley 7/2011, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, BOE nº 139 de fecha 11 de junio de 2011.

<sup>202</sup> MERCADER UGUINA, J.: “Los acuerdos de descuelgue salarial: una apuesta por la negociación de empresa”, en AAVV GARCÍA PERROTE-MERCADER UGUINA (DIR.) *La reforma laboral 2010. Aspectos Prácticos*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 167.

adaptación de las condiciones de trabajo que de manera recurrente se venían imponiendo a través de la negociación colectiva<sup>203</sup>.

En esta filosofía, se lleva a cabo una profunda modificación del régimen jurídico de los descuelgues de convenio, tanto genéricos del anterior art. 41.2.3º ET como salariales del art. 82.3 ET, incidiendo en paralelo a esa apuesta por la descentralización en la empresa en cuatro pilares fundamentales. Primero, una flexibilización de la institución a través del fenómeno de devaluación causal comprensivo tanto de una redacción menos rigurosa de las causas como de una restricción de las posibilidades de control judicial. Segundo, aproximación de la disciplina de ambas instituciones, que aún manteniéndose separadas, pasaron a compartir un procedimiento común eliminando el protagonismo que hasta ése momento tenían los convenios sectoriales en su configuración causal y procedimental. Tercero, se previeron los problemas de las empresas carentes de representantes de los trabajadores. Cuarto, se constata una preocupación del legislador por la gestión del desacuerdo tratando de evitar los bloqueos negociales mediante el recurso a procedimientos de solución autónoma<sup>204</sup>.

Es, por tanto, en el proceso reformador de 2010 y no en el del 2012 en el que la negociación colectiva de ámbito superior pierde su anterior papel de “tutela” y “control” en materia de descuelgues. Abierta y franca apuesta por la negociación de empresa que, para algún sector, presentaba como contrapartida la de la eliminación del papel vertebrador del convenio sectorial<sup>205</sup>. En realidad, no era sino una reacción del legislador a la estrategia negociadora restrictiva de los descuelgues en la negociación colectiva supraempresarial.

En paralelo, el legislador del 2010, introduce otra importante novedad en materia de descuelgues, amparándose con la nueva redacción del art. 41.6 ET la modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos también en supuestos de convenios de empresa, el denominado “autodescuelgue”<sup>206</sup>. No obstante, de manera poco comprensible, y quizá por la asistematicidad en la regulación legal, las posibilidades de “autodescuelgue” no se hacen extensibles a los supuestos de los salariales del art. 82.3 ET, quedando exclusivamente para los denominados “genéricos” del art. 41.6 ET.

---

<sup>203</sup> En lo referente a la experiencia negocial hasta la reforma de 2010, ver AGUT GARCÍA, C.: *La cláusula de descuelgue salarial (la cláusula de inaplicación del régimen salarial pactado en el convenio supraempresarial)*, Tirant lo Blanch, Monografías, año 1999 y SEMPERE NAVARRO, A-V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDES, L., *El descuelgue salarial: estudio de su régimen jurídico en la negociación colectiva*, Cuadernos de Aranzadi Social, Cizur Menor (Navarra), 2009

<sup>204</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 52 y 53

<sup>205</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2011, p. 31 y en “La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial”, *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 103 y 104.

<sup>206</sup> Utilizamos la palabra “autodescuelgue” en terminología acuñada por CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 44 y 45 o en “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*. nº 57, enero-marzo, año 2012, p. 235.

Y es en éste contexto normativo claramente renovador de la institución en el que la reforma del 2012 avanza por el camino ya iniciado en las anteriores<sup>207</sup>. En consecuencia, se otorga un papel protagonista a la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo como instrumento de flexibilidad interna, más aún en cuanto que nos encontramos ante una institución que adquiere una relevancia fundamental en épocas de crisis, *“al tratarse de uno de los mecanismos que pueden resultar de gran ayuda para que las empresas superen la situación negativa en la que se hallan inmersas, al tiempo que coadyuvan al mantenimiento y conservación del empleo.”*<sup>208</sup>.

Se pretende así una negociación colectiva más cercana al ámbito de la empresa como vía para facilitar una mayor capacidad de adaptación a los cambios, una negociación más ágil que permita a la empresa poder acomodarse mejor al entorno<sup>209</sup>, continuando para ello el proceso iniciado en junio de 2010.

En esta concepción dinámica de la negociación colectiva, el legislador entiende que la negociación se encuentra condicionada por el juego de las fuerzas del mercado y las innovaciones del sistema productivo, y que *“no se puede marginar la racionalidad económica de la negociación colectiva”*<sup>210</sup>. Y en este contexto, se multiplican los instrumentos puestos a disposición de los empresarios para la adaptación de las condiciones de trabajo, en un *continuum* que se completa con reformas en otras instituciones en materia de negociación

---

<sup>207</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012: *“La última reforma de urgencia no desbroza nuevas sendas sino que avanza por el camino ya iniciado por reformas anteriores, aunque introduce algunos elementos de cambio notables en relación con las reformas normativas operadas en el período 2010-11”*, p. 341.

<sup>208</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: *“El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC”*, Jornada técnica de la CCNCC “Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET”, Madrid 18 de junio de 2014, p. 3: *“Estos acuerdos permiten que las relaciones laborales en una empresa sigan rigiéndose por lo previsto en el convenio colectivo de aplicación, orillando aquellas condiciones convencionales, en especial las económicas, que más afectan a los costes productivos, de forma que el resto del convenio sigue aplicándose con total normalidad. En definitiva, se trata de fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviesa la empresa y que, como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, “la negociación colectiva se convierta en un instrumento, y no en un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”*.

<sup>209</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 28 (2012), p. 25: *“Las sucesivas reformas tienen, entre otros, el objetivo de profundizar en esta dirección: se pretende una negociación colectiva más cercana al ámbito de empresa, para facilitar de esta manera una mayor capacidad de adaptación a los cambios económicos, una negociación más ágil, menos estable y que permita a la empresa poder acomodarse mejor al entorno que las rodea”*

<sup>210</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012 p. 31 y ss. *“La constatación de que las relaciones económicas y la nueva dinámica empresarial condicionan fuertemente la dimensión jurídico-política del Derecho del Trabajo no es producto de las últimas reformas y no debería instalarnos en la percepción melancólica de que “un paradigma iuslaboralista, una metodología de la acción jurídica alternativa al formalismo del derecho civil está hoy en vías de extinción”*.



colectiva, por ejemplo, en materia de concurrencia de convenios, -señaladamente, preferencia aplicativa del convenio de empresa-, en materia de revisión parcial del contenido de los mismos, o de negociación *ante tempus*, o en materia de vigencia del convenio <sup>211</sup>.

El objetivo primordial es el de favorecer la adaptabilidad de las empresas en contextos económicos cambiantes en cuanto alternativa real a los despidos <sup>212</sup>.

Por ello, la institución del art. 82.3 ET no se presenta en la norma con la finalidad inmediata de incrementar la productividad en la empresa sino de servir como opción a la destrucción de puestos de trabajo <sup>213</sup>, que no cauce alternativo a la medida de despido colectivo al presentar ambas figuras un ámbito de intersección común <sup>214</sup>. Instrumentalidad del descuelgue que por otra parte se reconoce expresamente por los interlocutores sociales en el proceso de diálogo social, II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 <sup>215</sup> o en anterior

---

<sup>211</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: "La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios", *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 158: "Por este lado, los descuelgues de convenios, señaladamente de las condiciones salariales, se alinean con las reformas introducidas en los arts. 84.2 y 86.3 ET, formando con ellas un continuum cuya finalidad no es otra que la multiplicación de los medios puestos a disposición de los empresarios para adaptar las condiciones de trabajo de sus trabajadores, traigan estas su origen en la autonomía individual o en la autonomía colectiva".

<sup>212</sup> POQUET CATALA, R.: "La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, www.westlaw.es, BIB 2012\3079, p. 3

<sup>213</sup> POQUET CATALA, R.: "La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, www.westlaw.es, BIB 2012\3079, p. 4. Y en ese sentido, II AENC: "El II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 determina que tiene el objetivo de «asegurar el mantenimiento del empleo y como instrumento de flexibilidad interna que evite los expedientes de regulación de empleo tanto temporales como extintivos». Es decir, se trata de evitar el cierre de las empresas o la pérdida del empleo de todos o gran parte de los trabajadores de las misma",

<sup>214</sup> Más aún tras la nueva redacción del art. 82.3 ET tras la que la "jerarquización" o "gradación" de las causas entre la figura del descuelgue y del despido colectivo se reduce notablemente, hasta el punto de prácticamente presentar ambas figuras una redacción común. En este sentido, existe un ámbito de intersección entre las medidas, correspondiendo la concreción de la medida concreta al empresario, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 85. Interpretación que se confirma con la aprobación del Reglamento de desarrollo de los despidos colectivos, norma en la que expresamente se prevé que la institución del descuelgue va a poder concertarse en el contexto de las medidas sociales de acompañamiento del despido colectivo, CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo", en MONTROYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 382 y con la disposición adicional al Reglamento por el que se regula la composición y funcionamiento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos por la que se modifica el Reglamento en materia de registro, depósito y publicación de convenios y acuerdos colectivos, previniéndose expresamente la posibilidad de concertación de acuerdos de descuelgue en períodos de consultas en procedimientos de despidos colectivos, CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o "descuelgue" del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 122 y 123.

<sup>215</sup> Literalmente, en la introducción del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, BOE nº 31 de 6 de febrero de 2012, se señala la siguiente declaración de principios: "En cuanto a la flexibilidad interna, las Organizaciones firmantes consideran que los convenios deben incorporar como contenido mínimo la flexibilidad interna, particularmente la que opera en espacios temporales reducidos

Acuerdo de 2010 <sup>216</sup>. Incluso en el recientemente suscrito Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para el período 2015, 2016 y 2017 <sup>217</sup>.

Nos encontramos, por tanto, ante una pieza esencial en el diseño legal del sistema de negociación colectiva, que actúa como “*válvula de seguridad*” frente a la eficacia general y al carácter sectorial de buena parte de los convenios <sup>218</sup>. Si bien no se discute que se presenta también como una vía de solución de los intereses empresariales, con el consiguiente sacrificio

---

*para hacer frente a la coyuntura, como una potente herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas, favoreciendo una mayor estabilidad en el empleo, evitando el recurso al despido.”* Más en concreto, en el epígrafe 2 del Capítulo I dedicado a la flexibilidad interna, se señala: “*Las Organizaciones firmantes consideran que los convenios deberían incorporar la flexibilidad interna, particularmente la que opera en espacios temporales reducidos para hacer frente a la coyuntura, como una potente herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas, favoreciendo una mayor estabilidad en el empleo, así como la calidad del mismo. A estos efectos los convenios sectoriales deberán propiciar la negociación en la empresa, a iniciativa de las partes afectadas, de jornada, funciones y salarios por ser el ámbito más adecuado para configurar estos conceptos.*” En esta línea, se pacta un Capítulo V dedicado expresamente a la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio en el que se establece programáticamente lo siguiente: “*La actual coyuntura económica y el altísimo nivel de desempleo, así como las perspectivas sobre su evolución más inmediata, hacen preciso adoptar medidas de carácter excepcional y con proyección temporal limitada a la actual coyuntura, dirigidas a evitar una evolución negativa de la empresa que afecte al mantenimiento del empleo. En este contexto, con el objetivo de asegurar el mantenimiento del empleo y como instrumento de flexibilidad interna que evite los expedientes de regulación de empleo tanto temporales como extintivos, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 41.6 y 82.3 del ET, se somete a la consideración de los legitimados para suscribir convenios colectivos sectoriales, la conveniencia de incluir cláusulas de inaplicación temporal negociada de determinadas condiciones de trabajo –en las que no se incluye el régimen salarial pues el descuelgue del mismo se regula en el artículo 82.3 del ET antes citado– pactadas en los mismos, con el siguiente contenido y procedimiento: ...*”

<sup>216</sup> En este sentido, en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva suscrito a 9 de febrero de 2010, BOE nº 46 de 22 de febrero de 2010, las partes establecían lo siguiente: “*Flexibilidad interna: Las partes coinciden en la necesidad de acudir a mecanismos de flexibilidad interna como instrumentos idóneos para el mantenimiento del empleo y de la actividad productiva. Para ello se debe potenciar un empleo más productivo, a través de la cualificación de los trabajadores, de la innovación y del desarrollo tecnológico y del impulso de mecanismos de flexibilidad interna de la empresa, preferibles a los ajustes externos, así como a la utilización de instrumentos y dispositivos de análisis y diálogo con la representación de los trabajadores, lo que constituye un elemento esencial para responder a los requerimientos del cambio y el mantenimiento y creación de empleo estable.*”

<sup>217</sup> Visado del preacuerdo del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva -III AENC años 2015, 2016 y 2017-, suscrito en Madrid a fecha 4 de mayo de 2015, en cuyo Capítulo IV, los interlocutores sociales ahondan en la necesidad de prever procedimientos de inaplicación.

<sup>218</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012 (estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, P. 126: “*nos encontramos ante una pieza esencial del diseño de nuestra negociación colectiva; mediante esta especie de válvula de seguridad se habría querido compensar la eficacia general y el carácter sectorial de buena parte de los convenios colectivos, a fin de evitar que la presión retributiva o de otros costes fuese tan elevada como para provocar graves perjuicios a las empresas*”. En ésta línea, excepción a la eficacia general del convenio, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “*El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC*”, Jornada técnica de la CCNCC “Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET”, Madrid 18 de junio de 2014, p. 2.

para los trabajadores, pero que se concibe como de menor gravedad frente a la extinción del contrato de trabajo <sup>219</sup>.

Y en este contexto, en febrero de 2012 el legislador da un paso más <sup>220</sup> al posibilitar el descuelgue salarial también en los supuestos de convenios de empresa <sup>221</sup>, optando por un régimen común para los anteriores descuelgues salariales y los “genéricos” del art. 41.6 ET tras su unificación en una sola institución en el Título III del ET <sup>222</sup>.

Y en este proceso de profundización en la potenciación de los descuelgues, a partir de febrero de 2012 el legislador distingue por naturaleza jurídica, no por ámbito <sup>223</sup>, siendo posible el

---

<sup>219</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012 p. 187: *“la operación de rebaja del nivel de las condiciones de trabajo convenidas puede situarse en la línea de encontrar una vía de solución favorable para los intereses empresariales con el consiguiente sacrificio para los de los trabajadores; pero esto último de menor gravedad que la extinción de las relaciones laborales”* Para el autor, es éste un dato a tener en cuenta para su definitiva valoración como elemento de contrapeso frente a sus efectos negativos para los trabajadores afectados.

<sup>220</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 374, *“La reforma de 2010 atribuyó, como se ha dicho ya, al cuerdo de empresa la adaptación del régimen salarial previsto en el convenio de ámbito superior, reduciendo así la distancia con la vía del art. 41 ET, pero no fue más allá. Lo que se hizo en aquél momento fue tratar de mejorar soluciones normativas que ya existían, introducir ajustes, para facilitar y agilizar los procedimientos, y reglas que permitieran la negociación de esos acuerdos en empresas sin representación unitaria, evitando en todo caso una reforma de mayor calado que afectase de forma explícita a la negociación colectiva, como así hubiera sido si se hubiese institucionalizado, como se hace ahora, el descuelgue convencional con una regulación uniforme y más completa”*

<sup>221</sup> Desde esta perspectiva, no es que se introduzca un régimen jurídico nuevo, sino que se amplía la posibilidad del autodescuelgue ya prevista para los supuestos del anterior art. 41.6 ET, en redacción dada por Ley 35/2010, a los del 82.3 ET tras Real Decreto Ley 3/2012. Por lo tanto, no nos mostramos de acuerdo con posiciones doctrinales que prescinden de esta visión continuista: RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Flexibilidad interna y externa en el Real decreto Ley 3/2012”, *Diariolale.es*, nº 7833, año 2012, p. 11: *“el RDL 3/2012 ha introducido un nuevo régimen jurídico de la inaplicación o modificación por las empresas de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo, en primer lugar, permitiendo, respecto a los convenios objeto de inaplicación, incluir también a los convenios de empresa ampliando las materias objeto de descuelgue ampliándolas a la jornada de trabajo, a la cuantía salarial, a las funciones a realizar y a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”*.

<sup>222</sup> Desde esta perspectiva histórica de la evolución legal del régimen jurídico de la institución, no compartimos el argumento de quienes imputan en exclusiva al legislador del 2012 la descentralización en materia de descuelgue, MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012”, *Aranzadi Social* núm. 9/2013 (informes), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2013\14, p. 2: *“Con el nuevo sistema de descuelgue la negociación colectiva supra-empresarial pierde el control sobre los procesos de descuelgue salarial a nivel inferior, lo que supone una seria limitación del poder regulador del convenio colectivo en esta materia, optándose en su consecuencia por una solución descentralizadora del descuelgue, que permite la modificación o inaplicación parcial del convenio afectado”*. S

<sup>223</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012: refiriéndose al “autodescuelgue”, entiende que *“puede tener sentido en ciertas circunstancias, como por ejemplo cuando se produce un cambio en la composición del comité de empresa que hace posible un acuerdo que no pudo lograrse en*

descuelgue tanto de convenio de sector como de empresa <sup>224</sup>. De este modo, se supera una anterior concepción limitativa del “autodescuelgue” en el supuesto de los salariales difícil de mantener en una interpretación finalista e integradora de la norma y que, a nivel doctrinal, se justificaba desde ciertos sectores en la posibilidad de revisión *ante tempus* del convenio cuando no se corresponden la naturaleza jurídica de una y otra institución <sup>225</sup>.

---

*el momento de pactarse el convenio*”. En contra de esta postura se había manifestado cierta doctrina tras la instauración de los descuelgues de convenio en la norma a raíz de la reforma de 1994, en lo que a nuestro juicio, y con el debido respecto a la posición del autor, supone una buena muestra de la habitual confusión entre las instituciones de la inaplicación y de la negociación *ante tempus*, en este sentido, VALDÉS DAL-RE, F.: “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, pág. 291 y 292, la figura del acuerdo de descuelgue del 41.2 3º tendría virtualidad modificativa exclusivamente en el ámbito del convenio sectorial pues para el autor, entenderlo de otra manera no se acomodaría ni a los principios que informan el derecho a la negociación colectiva, ni a la función asignada al acuerdo de empresa, que no es otra que la de facilitar la adaptabilidad de la organización productiva a sus concretas circunstancias: “El tan citado art. 41.2 ciñe su ámbito de imputación normativa a las hipótesis de verdadera descentralización contractual o, si se prefiere, a la sustitución de contenidos reguladores en convenios sectoriales\* o en convenios de grupos de empresa y no a las revisiones *ante tempus* y por mutuo acuerdo de un convenio de empresa - que de ello se trataría-, que ni estuvieron antes vedadas por el juego del art. 84 ET, ni han recibido ahora carta de ciudadanía legal. Pertenecen al dominio de las partes legitimadas, al núcleo fuerte de su autonomía negocial, la facultad de proceder en cualquier momento a renegociar, parcial o íntegramente, el clausulado de un convenio antes de su vigencia”.

<sup>224</sup> POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 8 y 9: “Con la reforma de 2012 la antigua prohibición de inaplicar en la empresa el convenio de empresa desaparece, pues ahora se permite que los convenios objeto de inaplicación puedan serlo también los convenios de empresa. Ello puede suponer adoptar un nuevo mini convenio de empresa por la vía de la inaplicación que excepcionaría temporalmente lo ya previamente pactado en un convenio de empresa, es decir, se permite modificar lo pactado a nivel empresarial muy poco tiempo después de haber alcanzado el acuerdo, ya que, el procedimiento de descuelgue requiere justamente el acuerdo de los sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo conforme al art. 87.1 ET. No obstante, aun cuando exista esta posibilidad de inaplicación del convenio de empresa, cabe pensar que será mucho más frecuente la inaplicación de un convenio sectorial. Además, cabe añadir que, dado que el nuevo art. 86.1 permite que el convenio colectivo sea renovado durante su vigencia, la inaplicación se convierte así, en el caso de convenio colectivo de empresa, en una vía de renovación parcial y temporal del mismo durante su vigencia, quedando así, el art. 86.1 para los supuestos en que se pretende revisar materias no previstas en el art. 82.3 o bien para llevar a cabo una revisión general *ante tempus* del propio convenio”

<sup>225</sup> Exponente de esta, a nuestro juicio, confusión doctrinal, CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 395 y 396 “La exclusión precedente de los convenios de empresa del procedimiento expreso de inaplicación no impedía que se produjese una modificación de lo pactado en él, pues la primacía de la voluntad de las partes permitía que en cualquier momento se constituyera la comisión negociadora del convenio colectivo procediendo a alterar, a su pleno libre criterio, lo que estaba pactado en él; nada obligaba a esperar a la conclusión del período de vigencia en un convenio colectivo para que quienes lo negociaron pudieran novar su contenido”. Con una posición claramente en contra de la ampliación, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 98: “seguramente se habrá negociado por los mismos o similares interlocutores que el acuerdo de empresa que lo sustituye. La consolidada aceptación (ahora incluso legal, como puede apreciarse en el nuevo texto del art. 86.1 ET) de la posible finalización *ante tempus* del convenio colectivo de empresa si así lo acuerdan las partes, hace en verdad innecesario, salvo casos muy puntuales de cambio de sujetos legitimados, que el procedimiento de descuelgue (y antes modificación sustancial) pueda tener lugar en

No parece discutible que la excepcionalidad del descuelgue, su presupuesto causal habilitante, la indudable exigencia de un deber de negociación de buena fe para ambas partes por remisión legal al procedimiento regulado en el art. 41.4 ET -que no se presenta en la negociación *ante tempus* en la que ambas partes deben estar de acuerdo en la negociación<sup>226</sup>-, su duración temporal y vinculada como máximo a la del convenio que inaplica, los diferentes requisitos de forma o la posibilidad misma de soluciones específicas en bloqueos negociales que sólo se prevén para la institución de la inaplicación, son todas ellas notas características del régimen jurídico del descuelgue que no se presentan en la negociación *ante tempus*<sup>227</sup>.

---

*relación con el propio convenio de empresa, pudiendo sencillamente negociarse todo o parte de un nuevo convenio colectivo” ... “El pretender inaplicar un convenio que la propia empresa ha suscrito puede constituir, además de un atentado a la negociación colectiva empresarial formalizada, un ejemplo rechazable de actuación contra los propios actos, al no exigírsele a la empresa ni siquiera el ejercicio responsable de su propia autonomía que la obligaría a someterse, durante toda su vigencia, al convenio suscrito, impidiéndole desplazarlo salvo para negociar un nuevo convenio para lo que tendría que obtener el consenso de la otra parte, el mismo que requiere en principio el descuelgue”* Para el autor es *“una forma de debilitación de los convenios colectivos” ... “una especie de situación de provisionalidad en cuanto a lo acordado que siempre podrá variarse...”*.

<sup>226</sup> MERCADER UGUINA, J.: “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en GARCÍA-PERROTE. I Y MERCADER, J. (dirs.), *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 380 o LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 359.

<sup>227</sup> Diferenciando con acierto claramente entre una y otra institución, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p. 186, a juicio del que existen dos diferencias de calado en la regulación del régimen jurídico del 82.3 y 86.1 ET, primera, el procedimiento de solución de desacuerdos, sólo la inaplicación puede terminar en la CCNCC, segunda, cuando se inaplica un convenio sectorial las partes que deciden el descuelgue son distintas a las que lo negociaron; MERCADER UGUINA, J.: “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en GARCÍA-PERROTE. I Y MERCADER, J. (dirs.), *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 380 y 381; LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 359, quien señala que en el supuesto del art. 86.1 ET no existe deber de negociar ex art. 89.1 ET *“pues no se trata de revisar un convenio ya vencido, de tal manera que la renegociación ante tempus debe ser pacífica y producirse con el concurso del mutuo acuerdo de las partes negociadoras, que en todo caso deben abrir la negociación a todos los sujetos legalmente legitimados, aunque no hayan negociado y firmado el convenio”*; en sentido contrario en cuanto al deber de negociar en *ante tempus*, SEMPERE NAVARRO, A.: “Reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 3/2012”, *Aranzadi social Doctrinal*, 2012, p. 30. Con una muy interesante aportación, p. 61, está posibilidad del *ante tempus* está abierta a dos condicionantes, primero, no existe un deber de negociar al no encontrarse vencido el convenio, segundo, la negociación debe quedar abierta a quienes ostenten la legitimación ex art. 87 ET, no a los firmantes del convenio e integrantes de la comisión paritaria, OJO. Refiere la jurisprudencia al respecto de las facultades negociadoras de las comisiones paritarias, STS 18-2-2010, Rec. 65/2009 o STS 9-12-2010, RJ 2011 1455. Para NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 62, la participación y suscripción de la revisión de un convenio por sujetos negociadores que no han suscrito el convenio y que, de esta manera, pueden incidir en los equilibrios del mismo, sin posibilidad de participar posteriormente en la interpretación y aplicación al no integrarse en la comisión paritaria Para RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012 se trata de una regla introducida con el RDL 7/2011, que venía a recoger lo que era ya una construcción jurisprudencial. Para el autor, ahora la recoge el ET,

Posibilidad de negociación anticipada del convenio por mutuo acuerdo de las partes que por otra parte venía siendo admitida de manera pacífica en la jurisprudencia del Supremo <sup>228</sup>.

Ahora bien, esta evolución en el proceso de descentralización de la negociación colectiva hacia el ámbito de la empresa a través de la potenciación del descuelgue, si bien es cierto que con cambios importantes en la regulación de la institución, -señaladamente impulso a la solución arbitral en la última fase en la gestión del desacuerdo <sup>229</sup>-, no es sino la consecuencia como venimos afirmando de una política de derecho iniciada con los cambios producidos en reformas anteriores y que culminan con la de febrero de 2012 <sup>230</sup>.

---

en la línea de las instituciones del 82.3 y 84.2 ET: “Es, pues, una regulación coherente con la del artículo 82.3 ET en cuanto a sus fines. También hay inaplicación, en tanto dejan de tener vigencia las condiciones pactadas en el convenio anterior; pero no descuelgue, en cuanto todas las empresas y trabajadores se regirán por unas”. En este sentido, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 23 a 25: “La posibilidad de anticipar total o parcialmente la finalización de la vigencia de n convenio colectivo mediante una acuerdo entre las partes contratantes se ha venido admitiendo sin problemas sobre la base de la teoría general del Derecho de Contratos y con fundamento en el principio de autonomía colectiva” o GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Vigencia y sucesión de convenios colectivos”, en VALDÉS DAL-RÉ (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, La Ley, 2007, p. 475 y ss.

<sup>228</sup> Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 2 de diciembre de 1998, en recurso 969/1998, en la que se concluía en el sentido de que no se trataba de un supuesto de concurrencia de convenios sino de la sucesión en el tiempo de una norma por otra en virtud del principio de modernidad, seguidas de las sentencias de 21 de febrero de 2000, RJ 2000\2052 y de 18 de octubre de 2004, RJ 2005\141, o de 15 de septiembre de 2010, RJ 2010 7425 reiterando dictrina. En este sentido, LAHERA FORTEZA, J.: “El descuelgue salarial” en AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL-RRÉ, F.): *La reforma laboral de 2010*, Ed. Reus, 2011 o GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 23 a 25: “La posibilidad de anticipar total o parcialmente la finalización de la vigencia de n convenio colectivo mediante una acuerdo entre las partes contratantes se ha venido admitiendo sin problemas sobre la base de la teoría general del Derecho de Contratos y con fundamento en el principio de autonomía colectiva”.

<sup>229</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012: “La modificación más relevante del Título III ET es la operada en la institución del descuelgue del convenio (art. 82.3 ET), que se somete a una nueva disciplina, ahora unificada, que incrementa las materias susceptibles de descuelgue , extiende los convenios objeto de inaplicación, flexibiliza el presupuesto causal y da un nuevo impulso a la solución extrajudicial de los bloqueos en la negociación del descuelgue, imponiendo la fórmula arbitral con la innovadora participación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, p. 347.

<sup>230</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 6, las reformas laborales han incidido en aspectos nucleares del marco institucional de la negociación colectiva. En este sentido, y “profundizando una política de derecho iniciada en los 90 de cambio en las relaciones entre ley y convenio y de diversificación de los instrumentos de normación procedentes de la autonomía colectiva”, se revaloriza el papel del acuerdo de empresa junto al convenio colectivo: “Los acuerdos de empresa, como instrumento de flexibilidad interna, en el vigente modelo estatutario se han instalado como un nuevo paradigma legal que sirve de contrapeso e impone un cierto sacrificio del paradigma de convenio colectivo estatutario”

En este sentido, nos encontramos ante un nuevo modelo legal en materia de negociación colectiva, ante la confirmación de una opción legislativa en la que la renovación permanente de la negociación juega un papel determinante en cuanto instrumento para la adaptación de las condiciones de trabajo.

Frente a un modelo normativista, que confinaba la negociación a determinados momentos, se efectúa una evolución hacia la negociación continuada de los acuerdos <sup>231</sup>, hacia un sistema negocial con multiplicidad de “valencias jurídicas” más allá del propio convenio estatutario <sup>232</sup>. Y una opción legal en cuanto que se instrumenta desde la propia norma <sup>233</sup>.

Sistema de negociación que, por otra parte, encaja sin mayor dificultad problema en el marco constitucional. En este sentido, como quiera que el constituyente no se ha decantado por un determinado diseño “cerrado” de negociación colectiva, disponiendo en consecuencia el legislador de un amplio margen de libertad en la configuración del derecho <sup>234</sup>, la institución del descuelgue, en cuanto excepción a la fuerza vinculante del convenio, responde a esa legítima finalidad constitucional de posibilitar la adaptación de las condiciones de trabajo a las

---

<sup>231</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 35 señala como *“la evolución hacia una negociación continuada de los acuerdos, incluso durante su vigencia, en línea con lo que se viene haciendo en otros sistemas de relaciones laborales. En este nuevo modelo el acuerdo firmado no es inmutable, sino que puede ser renegociado por diversas vías –nueva negociación, descuelgue, inaplicación del convenio en la empresa, modificación sustancial de condiciones de trabajo- todas ellas, a su vez, negociadas. Esta dinámica es contraria a la que tradicionalmente ha basado nuestro modelo, un paradigma normativista que confinaba la negociación a determinados momentos, entre la finalización de un acuerdo y la firma del siguiente”*

<sup>232</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 6: : *“En este contexto hay que asumir, al amparo del paraguas constitucional del art. 37 CE, un sistema negocial con una multiplicidad de valencias jurídicas, en atención a las funciones que desarrolla cada producto negocial dentro del sistema y a su caracterización como norma dentro del sistema jurídico”*

<sup>233</sup> En este sentido, viene a colación lo manifestado en este sentido por el Profesor GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, pág. 265 a propósito de los descuelgues tras Ley 11/1994: *“En todo caso, no ha de olvidarse que esta otra vía de descuelgue tiene su raíz última en la ley, ni tampoco que es la propia ley, asimismo, la que determina los efectos y la manera de obligar del convenio colectivo estatutario; es la ley, en definitiva, la que acota el significado y alcance de la eficacia general, que, como se sabe, no es innata al convenio colectivo. Por ello, la firma de un acuerdo de descuelgue conforme a lo previsto en la norma legal quizá no suponga exactamente una quiebra de la eficacia general del convenio colectivo, sino más bien una manera de entender y formular el alcance de dicha eficacia en los convenios estatutarios de ámbito supraempresarial”* (Negrita del que suscribe)

<sup>234</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 16 de julio de 2014 en recurso de inconstitucionalidad 5603-2012, Ponente Andrés Ollero Tassara: *“La Constitución, como ya se dijo, no contiene un “modelo” cerrado de relaciones laborales, ni, en particular, de ninguno de los elementos del derecho a la negociación colectiva; se limita en su art. 37.1 a reconocer el derecho, cuya garantía encomienda al legislador, a señalar quiénes son sus titulares (los representantes de los trabajadores y empresarios) y a establecer la eficacia del resultado de la actividad negocial (fuerza vinculante de los convenios). El legislador dispone, en consecuencia, de un amplio margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva, aunque esa libertad no sea absoluta”* (Negrita del que suscribe)

circunstancias sobrevenidas en la empresa<sup>235</sup>. De esta manera, se otorga carta de naturaleza a una configuración del convenio colectivo como pacto dinámico y no estático<sup>236</sup>, con perfecto encaje como decimos dentro del modelo, como recientemente se ha encargado de recordar el máximo intérprete constitucional<sup>237</sup>.

Y en el contexto de esta evolución legal, no nos mostramos de acuerdo con las interpretaciones que concluyen en la línea de que se ha producido una erosión de la vinculabilidad de lo pactado desde la premisa de que la excepción se convierte en regla

---

<sup>235</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 16 de julio de 2014 en recurso de inconstitucionalidad 5603-2012, Ponente Andrés Ollero Tassara: *“La regulación contenida en el art. 82.3 ET constituye, pues, una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados en el título III LET; en su virtud es posible pretender tanto la inaplicación de un convenio de empresa como la de un convenio sectorial. La norma responde a una finalidad constitucionalmente legítima; pretende posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas que concurren en una empresa después de la aprobación del convenio, ante el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y, con ello, el empleo, cuya protección constituye un deber de los poderes públicos (art. 40 CE)”*.

<sup>236</sup> En este sentido, y a propósito de la reforma efectuada con el Real Decreto 7/2011 en materia de descuelgues, GARRIDO PÉREZ, E.: *“Negociación colectiva y sistemas de solución de conflictos”, Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012: *“el legislador ejemplifica en estas dos instituciones el pretendido cambio en el sistema negocial en el que el convenio colectivo deja de ser un marco de contenidos inalterables durante su vigencia para someterse, por el contrario, a revisiones, alteraciones e inaplicaciones. De hecho, ambas situaciones tienen un elemento identificador común, cual es la ruptura de la eficacia normativa / obligacional del convenio colectivo. En consecuencia, el propiciar los cambios, alteraciones, descuelgues en suma de lo pactado en convenio colectivo, no significa más que dar carta de naturaleza a una configuración del convenio colectivo como un pacto dinámico y no estático, a un acuerdo que es susceptible de modificación o alteración conforme a las circunstancias que en su caso se propicien y que requieran su cambio”*. (Negrita del que suscribe)

<sup>237</sup> Para RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: *“Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”*, XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 35, cuando se habla de los rasgos característicos de nuestro convenio colectivo prototípico, *“se habla de ellos en términos casi genéticos, como elementos constitutivos de la figura e inseparables de ellos”*. Y el autor, en este sentido, manifiesta que, por la experiencia comparada, sabemos que ello no es así. Y en este contexto reformador, *“Cuando se prevén una batería de situaciones y mecanismos para no aplicarlo. Cuando su vigencia puede atacarse de múltiples maneras. Algo ha cambiado. Por esto sea quizá más correcto hablar de que la eficacia personal general y la normativa forman parte no del genotipo, sino del fenotipo de los convenios colectivos”* *“Hay una base genética, el genotipo, que entre nosotros sería la garantía constitucional de su fuerza vinculante y las propias notas identificadoras de lo que es un convenio; y este conjunto de genes se traduce en cada momento histórico en unas determinadas características, el fenotipo, a resultas del ambiente y de la experiencia vital del ser”*... *“Este contexto, en el que la carga genética se desarrolla y adapta, lo forman tanto la realidad del sistema de relaciones laborales como el marco normativo para la negociación y aplicación del convenio. Ambos han cambiado sustancialmente en muy poco tiempo, y han hecho mutar las características de nuestro sistema negocial, que es ahora uno diferente al que conocíamos”* (Negrita del que suscribe)



general dada su amplitud y universalidad <sup>238</sup>. Menos aún con las de quienes defienden una alteración del sistema de fuentes que emancipa a la empresa del convenio <sup>239</sup>.

En este sentido, el del descuelgue es un proceso de disponibilidad colectiva del convenio colectivo desde la Ley <sup>240</sup>, al que ya entre los comentaristas de la reforma de 1994 se calificaba como un verdadero cambio en el esquema ordenador de aquélla <sup>241</sup>, pasándose de la máxima estabilidad del proceso negociador a la matización del *pacta sunt servanda* a través de la autorización de los descuelgues, entre otras figuras <sup>242</sup>.

---

<sup>238</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 43: “Presenta igualmente un intenso calado la amplitud con la que se contempla la posibilidad de descuelgue de condiciones de trabajo de lo pactado en cualquier tipo de convenio colectivo estatutario, con la significativa singularidad que la misma se puede producir a iniciativa de la dirección de la empresa y sin el consenso de la representación sindical. Indiscutiblemente ello provoca una importante erosión de la vinculabilidad de los pactado a través de un convenio colectivo entre las representaciones de trabajadores y empresarios, con un evidente efecto de debilidad de los procesos de negociación colectiva”. En la misma línea, en CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 394: “Contiene una generalización total de la inaplicación, con reglas ampliatorias desde todos los puntos de vista, en modo tal que puede afirmarse que su filosofía general resulta muy escasamente respetuosa con el mandato constitucional de garantía de la fuerza vinculante del convenio colectivo (artículo 37.1 CE)”. Para el autor, “la excepción alcanza tal grado de universalidad y amplitud que no puede ya decirse que materialmente se presente como una excepción singular frente al criterio general, por cuanto que realmente la excepción se convierte en la regla y viceversa”.

<sup>239</sup> MERINO SEGOVIA, A.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, p. 250, en este sentido, literalmente manifiesta: “La adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo se aduce como justificación de la reforma laboral de 2012 y del Real Decreto-Ley sobre la que se sustenta, con una intervención del Ejecutivo de tal magnitud que, además de afectar sustancialmente a las instituciones centrales del derecho del trabajo, ha alterado el sistema de fuentes mediante una compleja técnica de secesiones que emancipa a la empresa del convenio colectivo de aplicación”.

<sup>240</sup> Como autorización “indirecta” en la norma se califica por VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, 1996, pág. 26.

<sup>241</sup> En este sentido, VALDÉS DAL RE, F. en “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, 1995, núm. 5, pág. 12 y ss, señalaba ya cómo el anterior esquema ordenador, puesto al servicio de la máxima estabilidad del proceso negociador y del convenio resultante de tal proceso, función preservadora del 84 ET del *pacta sunt servanda*, tras la irrupción de los mecanismos de los arts. 41.2.3º y 82.3 ET se veía sensiblemente matizado. En esta línea, FERNÁNDEZ LÓPEZ “El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral (I)”, *AL*, 1995, pág. 97, señalaba cómo se había producido una “ruptura sensible de la ecuación legitimación-disponibilidad sobre lo pactado que era una afirmación generalizada en la doctrina anterior”. En estos términos, comprobamos que esa pretendida ruptura de la vinculabilidad de los pactado, de ser tal, que no lo compartimos, no proviene de la reforma de 2012.

<sup>242</sup> Ruptura de la ecuación legitimación-disponibilidad del convenio que, de ser así, se habría producido también en su caso, y con mayor énfasis, con la instauración de determinadas reglas de concurrencia del convenio colectivo en los denominados “descuelgues autonómicos” del art. 84.2 ET en redacción dada por la Ley 11/1994. En este sentido, nos remitimos a trabajo de CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura y concurrencia entre convenios colectivos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 68,

Desde esta perspectiva histórica, y sin desdeñar los importantes cambios en el régimen jurídico de la institución, nos alineamos con la posición de quienes abogan por una interpretación equilibrada de las reformas <sup>243</sup>.

Teniendo que ver la institución del descuelgue con la eficacia del convenio, con cómo se aplica y con la manera en que rige las relaciones laborales dentro de su ámbito de aplicación <sup>244</sup>, la inaplicación no sería sino una manera de entender y formular por parte del legislador el alcance de aquella eficacia <sup>245</sup>.

En esencia, si como se manifestó a propósito de la reforma de 1994, con la novedad introducida en el art. 41.2 3º y en el art. 82.3 ET nos encontrábamos ante una técnica del legislador para que las partes, en uso de su autonomía colectiva, se enfrentaran a situaciones coyunturales o transitorias de la empresa en respuesta a nuevas circunstancias que no se podían afrontar desde el convenio colectivo típico por su grado de permanencia y estabilidad <sup>246</sup>, que difícilmente podían ser abordados mediante una ordenación de ámbito general o sectorial <sup>247</sup>, ante un instrumento de adaptabilidad del marco contractual a las concretas

---

año 2007, págs. 85 quien en lo que se refiere a las relaciones de conexión entre las diversas unidades de negociación, expresamente refería que *“se establecen reglas de preferencia aplicativa de unos convenios frente a otros. Preferencia aplicativa que se fija no a través de una regla única, sino diferenciada en función de los ámbitos negociales que entran en situación de concurrencia así como en función de las materias objeto de negociación en los diversos convenios colectivos”*

<sup>243</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p. 188: *“En su conjunto, pues, las reformas operadas sobre el proceso negociador y la aplicación del convenio han supuesto alteraciones nada desdeñables en su respectivo régimen jurídico. Pero de ahí a expresar que el convenio colectivo ha perdido su papel de regulación autónoma de las relaciones laborales o que se ha establecido un modelo de negociación por completo distanciado del anterior media un trecho que no debe ser traspasado en una consideración equilibrada”*, más cuando *“no significarán en la práctica un desmembramiento total de la función reguladora de los convenios en el sistema español de relaciones laborales”*.

<sup>244</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, en p. 3 y 4: *“Quizás lo primero que habría que señalar en relación con el tema objeto de esta intervención sea que se refiere a elementos fundamentales de nuestro modelo de negociación colectiva. Tiene que ver con la eficacia del convenio colectivo español, con cómo se aplica, con la manera en que rige las relaciones laborales dentro de su ámbito de aplicación. Y es esta eficacia lo que caracteriza e identifica a nuestro modelo de convenio colectivo, lo que lo distingue y aleja de figuras similares en otros sistemas de relaciones laborales”*.

<sup>245</sup> Ya citado, GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, pág. 265: *“más bien una manera de entender y formular el alcance de dicha eficacia en los convenios estatutarios de ámbito supraempresarial”*

<sup>246</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, pág. 248, cita 4, siguiendo criterio de MATÍA PRIM, J. en Prólogo a *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, VALDEOLIVAS, Y., CES, Madrid, págs. 9 y ss

<sup>247</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, 1996, pág. 35 y 36, citando a CASAS BAAMONDE, Mª. E.: “La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de convenios colectivos”, *Relaciones Laborales*, 1994, núm. 17 -18 (monográfico), pág. 293: el objetivo fundamental de la reforma de la negociación colectiva es su capacidad flexibilizadora o de adaptabilidad de la ordenación jurídica de las relaciones laborales a las necesidades cambiantes de los sectores y las empresas.

situaciones de las organizaciones productivas <sup>248</sup>, en el que el propósito era convertir a la negociación colectiva en el instrumento fundamental para esa adaptabilidad <sup>249</sup>, aumentando las posibilidades de revisión y adaptación de las reglas pactadas a los ámbitos inferiores y a las circunstancias de cada momento <sup>250</sup>, tratando de acercar el nivel y los contenidos de la negociación a las necesidades de las concretas unidades productivas pero siempre desde la autonomía colectiva <sup>251</sup>, intentando evitar que una estructura excesivamente centralizada de la negociación colectiva incidiera negativamente sobre las variantes concretas de cada empresa impidiendo la necesaria adaptación <sup>252</sup>, calificándolo incluso como “nuevo” modelo de organización de las relaciones laborales <sup>253</sup>, no hay razón alguna para mantener que tras la reforma del 2012 se produzca un cambio de tal magnitud que equipare descuelgue de convenio con erosión en la eficacia del convenio.

En primer lugar, porque la disponibilidad sigue siendo igualmente colectiva, no hay unilateralidad posible. En segundo término, porque se encuentra sometida a presupuestos causales habilitantes y a un procedimiento de negociación colectiva previo. Tercero, porque el modelo constitucional ampara diferentes opciones de política de derecho <sup>254</sup>. Y ello por mucho

---

<sup>248</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, pág. 290 y ss.

<sup>249</sup> “convertir a la negociación colectiva en el instrumento fundamental para la deseable adaptabilidad no sólo de la regulación laboral legal, sino también de la procedente de la propia autonomía colectiva, a las diversas y cambiantes situaciones de los diferentes ámbitos de negociación”, CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E.: ¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?, *Relaciones Laborales*, 1997, T. I, p. 33.

<sup>250</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1<sup>a</sup> Edición, Madrid, diciembre 1998, p. 31 y p. 38: La “nueva” legislación “procura que la negociación colectiva sea más ágil y con mayor capacidad de adaptación a las condiciones de cada ámbito, y que la regulación procedente del acuerdo entre representantes de los trabajadores y empresarios cuente con mayores espacios y posibilidades”, “aumenta las posibilidades de revisión y adaptación de las reglas pactadas a las características de los ámbitos inferiores y a las circunstancias de cada momento, y permite una renovación más ágil y rápida ante un cambio de contexto”.

<sup>251</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Colección Estudios, 1<sup>a</sup> Edición, Madrid, 1996, pág. 29: “de lo que se trata es de acercar cuanto sea posible, y mediante la inexcusable actuación de los sujetos colectivos, el nivel y los contenidos de la negociación a ese tipo de necesidades de las concretas unidades productivas”.

<sup>252</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, en AA.VV. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (Coordinadores: VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.), Madrid (La Ley, Monografías), 1.994, pág. 131: “para no forzar que en determinadas materias una estructura excesivamente centralizada de la negociación colectiva incida negativamente sobre las variantes concretas de cada específica organización empresarial, impidiendo su modificación en clave de adaptación al caso concreto”

<sup>253</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>.F.: “El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral (I)”, *Actualidad Laboral* nº 6, 6-12 febrero 1995, pág. 92: “El impulso básico que ha movido la reforma del ET, ..., puede resumirse en una palabra: flexibilización, flexibilidad. ..Flexibilizar es, correlativamente, intensificar el papel de las normas colectivas” (Negrita del que suscribe)

<sup>254</sup> Como expresamente se señala en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 16 de julio de 2014 en recurso de inconstitucionalidad 5603-2012, Ponente Andrés Ollero Tassara, “el pluralismo político, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), permite contemplar en el marco de la Constitución diversas soluciones legales sobre el régimen jurídico de las relaciones laborales (STC 6/1984m de 24 de enero, FJ 4º D)), pues “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy

que el legislador haya optado por el impulso de la solución arbitral en una última fase de desbloqueo de la negociación, fase absolutamente subsidiaria de las tres anteriores y que, a juicio del Tribunal Constitucional, no erosiona derecho constitucional alguno al resultar adecuada, razonable y proporcionada.

Por esos motivos, la excepción no se convierte en regla general, tan solo se permite desde la Ley la atemperación de la eficacia del convenio colectivo, entendida como excepción a la regla de la inderogabilidad durante su vigencia y modulación al principio de estanqueidad <sup>255</sup>. Descartada la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el supuesto de obligaciones pactadas en convenio colectivo en cuanto tal institución resulta impredicable de las normas jurídicas <sup>256</sup>, -según reiterada jurisprudencia únicamente cabría aplicarla, y de manera restrictiva <sup>257</sup>, cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo pero nunca cuando las obligaciones hubieran sido pactadas en convenio colectivo dada la eficacia normativa del convenio ex art. 37 CE <sup>258</sup>-, la institución de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo se convierte en *lex specialis* respecto de otras instituciones

---

*diverso signo*" (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7º). La argumentación del Parlamento recurrente contra la reforma introducida por la Ley 3/2012 descansa en la insostenible presunción de la existencia de "un hipotético modelo constitucional de relaciones laborales, que la Constitución no diseña, aunque establece las premisas desde las cuales, tanto el legislador como la actuación de las partes sociales, permiten configurar, de forma dinámica, cambiante y abierta, un sistema de relaciones laborales, de los varios que serían compatibles con el orden constitucional" (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FJ 2º)"... "El legislador dispone, en consecuencia, de un amplio margen de libertad en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva, aunque esa libertad no sea absoluta"

<sup>255</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna", *Relaciones Laborales*, nº 11, 2011, p. 16

<sup>256</sup> ROQUETA BUJ, R.: "La modificación de las condiciones de trabajo", en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 44: "como señala la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de septiembre de 2011 (Rec. Núm. 25/2011), la cláusula "rebus sic stantibus" no se puede aplicar "cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio colectivo, pues tal institución es impredicable de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia jurídica normativa ex. Art. 37.1 CE", de suerte que nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación del mismo por unilateral voluntad de la empresa"

<sup>257</sup> Bastante menos restrictiva por cierto a partir de la Sentencia número 333/2014, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Sección Primera, de fecha 30 de junio de 2014, en recurso número 2250/2012, Ponente Francisco Javier Orduña Moreno, F.J. 2º.

<sup>258</sup> Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 2014, en recurso 15/2013, Ponente López García de la Serrana, F. J. 4º: "Y si ya en el ámbito del Derecho civil la cláusula -«rebus sic stantibus»- tiene dificultades aplicativas, con mayor motivo han de sostenerse obstáculos a ella en el Ordenamiento jurídico laboral, tanto por sus específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo [ arts. 39 a 41 ET], cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho [ art. 3.1 ET], al situarse en el orden jerárquico inmediatamente después de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, de tal suerte que los convenios están llamados a disciplinar el desarrollo de la relación de trabajo en el ámbito que les es propio, en tanto no sean anulados, en todo o en parte (STS 10/06/03 -rco 76/02-). Hasta el punto de que la teoría [«rebus sic stantibus»] únicamente cabría aplicarla -restrictivamente- cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es impredicable de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE [«cuerpo de contrato y alma de Ley», se ha dicho]". En esta línea, recientemente Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional número 76/2014, de fecha 21 de abril de 2014, en recurso número 218/2012, Ponente Ruiz Jarabo, F.J. 10º.

modificativas existentes en el Derecho común en el objetivo de favorecer, desde la negociación colectiva, esa adaptación temporal de las condiciones de trabajo a las excepcionales circunstancias<sup>259</sup>.

Disponibilidad del convenio desde la negociación colectiva, de ahí que se haya calificado como mecanismo de “*tutela colectiva abierta*”<sup>260</sup>, -al margen, insistimos una vez más, de la subsidiaria instancia arbitral en una hipotética última fase del desbloqueo con pleno ajuste constitucional-, “*carácter híbrido de regla de concurrencia y regla de distribución competencial*”<sup>261</sup>, exponente del principio de prioridad aplicativa al convenio o al acuerdo de empresa<sup>262</sup>, en la que se invertiría la regla general de articulación entre convenios y acuerdos de empresa<sup>263</sup> sin existir relación de jerarquía alguna entre el convenio inaplicado y el acuerdo

---

<sup>259</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 58 y 59. Con anterioridad, GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VALVERDE ASENCIO, A.: “La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa”, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, págs. 421. Para VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, pág. 291, el supuesto del anterior 41.2.3º ET tras Ley 11/1994, se erigía “*en ley especial, primeramente, del art. 84 ET, al que viene parcialmente a derogar en las materias en las que se consiente el acuerdo. Y en segundo lugar, del régimen general de la prohibición de negociar, a la que igualmente deroga: la vigencia de una norma colectiva deja de ser causa legal impeditiva para abrir tratos contractuales*”.

<sup>260</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Concepto y eficacia del convenio colectivo (en torno al artículo 82)”, en “El Estatuto de los Trabajadores veinte años después”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número especial 100/2000, pág. 1451, denominaba a estos mecanismos antes de la reforma como de “*tutela colectiva abierta*” al permitir el ajuste a las necesidades y circunstancias reales de la empresa de unas disposiciones que emanan de un sistema de negociación colectiva centralizado al objeto de eludir los problemas que provocaría el juego rígido del principio de eficacia general de los convenios colectivos estatutarios.

<sup>261</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimosegunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 2013, p. 399 Y 400.

<sup>262</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimosegunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 2013, p. 379: “*El principio de prioridad aplicativa al convenio o acuerdo de empresa, introducido por el RD-L 7/2011 y reforzado y ampliado en la Ley 3/2012, consta de dos piezas normativas complementarias. Una es la preferencia al convenio de empresa, en caso de concurrencia con un convenio de ámbito superior, respecto de las principales materias de la negociación colectiva; y la otra, la potestad del empresario y de los representantes de los trabajadores a nivel de empresa de acordar en determinadas circunstancias la inaplicación o desvinculación de un convenio colectivo sectorial respecto también de los contenidos más significativos de la negociación colectiva (art. 82.3 ET, redacción Ley 3/2012). Este principio de prioridad aplicativa al convenio o acuerdo de empresa encuentra un sólido fundamento en la protección de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad (art. 38.1 CE), que favorece el reconocimiento de preferencia a la negociación colectiva de empresa en las materias nucleares de la gestión de personal*”

<sup>263</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, p. 241, “*se invierte la regla general de articulación entre convenios colectivos y acuerdos de empresa, toda vez que el acuerdo deja de ser regulación subsidiaria y supletoria para sobreponerse al convenio*”. Para el autor son varias las explicaciones, primera, la búsqueda de mayores dosis de flexibilidad y adaptación en la regulación de las condiciones de trabajo, segunda, la importancia creciente de los convenios de sector en las relaciones laborales, y en ese sentido los acuerdos de empresa responderían a una necesidad de adaptación.

de descuelgue <sup>264</sup>, distribución competencial que lo sería exclusivamente en el supuesto del descuelgue de convenio supraempresarial.

Por ello, el acuerdo de inaplicación se constituye en el exponente por excelencia del principio de autonomía colectiva, si bien con diferente expresión según se trate de “autodescuelgue”, “materialización del principio de autonomía contractual de la voluntad”, o de descuelgue de convenio supraempresarial, “una simple regla de concurrencia entre convenios colectivos” <sup>265</sup>. Conclusión extensible a nuestro juicio al supuesto de los acuerdos o decisiones alcanzados en la segunda y tercera fases en cuanto expresiones igualmente de la autonomía colectiva.

No obstante, esta atribución a los descuelgues de la cualidad de regla de concurrencia, - concurrencia entendida en el sentido amplio o “impropio” del término <sup>266</sup>-, no es una naturaleza que se predique de la institución a partir de la reforma del 2012. Ya desde de su primera recepción en la norma, la doctrina científica viene catalogando a los acuerdos como “fórmulas de coordinación y reenvío” entre los distintos niveles de la negociación colectiva <sup>267</sup>,

---

<sup>264</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral”, *Estudios de Derecho Laboral*, núm. 29, Civitas, Madrid, 1999, pág. 26: a propósito de los descuelgues del art. 41.2 3º y 82.3 ET, el autor no aceptaba la idea de relación jerárquica entre convenio colectivo y acuerdo de empresa en sus distintas modalidades, porque el acuerdo de descuelgue no derogaba el convenio colectivo, sino que lo adaptaba, y porque el de modificación sustancial de condiciones de trabajo tampoco derogaba el convenio sino que lo alteraba en una materia determinada.

<sup>265</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dir.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 401: “constituye el exponente por excelencia del principio de autonomía colectiva, aunque con diversa forma de expresión según se trate de un descuelgue de convenio de empresa o de sector. Si se materializa como autodescuelgue del mismo convenio de empresa, no se trata de otra cosa que materialización del principio de autonomía contractual de la voluntad aplicado al convenio colectivo: los propios sujetos que asumieron cierto tipo de compromisos a través del convenio colectivo son plenamente soberanos para cambiar, en un momento posterior, las condiciones que ellos mismos pactaron: pacto contractual de idéntica naturaleza alterado por otro posterior en el tiempo. Si se materializa como descuelgue en el ámbito de una empresa de lo establecido con carácter general para un conjunto de empresas a través de un convenio sectorial, una simple regla de concurrencia entre convenios colectivos; es decir, la novedad consiste, exclusivamente, en reproducir la regla de que el acuerdo colectivo de empresa tiene preferencia aplicativa frente al convenio colectivo de sector...”

<sup>266</sup> LÓPEZ TERRADA, E.: “La articulación de la negociación colectiva (diez años después)”, en AA.VV, *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, (Coordinadores PÉREZ DE LOS COBOS, GOERLICH), Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 229, la califica así al no encontrarnos ante concurrencia de dos convenios colectivos sino ante una concurrencia entre dos productos negociales. Es por ello que para algún autor el acuerdo de descuelgue no implica una excepción a la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos precisamente porque no se trata de un convenio colectivo en cuanto tal, ni en cuanto al régimen de mayorías para la toma de decisiones, ni, por supuesto, en orden al procedimiento de negociación ni a la publicidad necesaria una vez alcanzado el acuerdo, ALBIOL MONTESINOS, I.: “Los acuerdos de empresa”, ponencia presentada a las VIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, junio 1995, pág. 68,. En rigor sería así, no obstante, no deja de ser una regla de concurrencia entre productos negociales estatutarios, de ahí que el legislador incardine la institución en el art. 82.3 ET y no en el art. 84 ET.

<sup>267</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. en “La estructura del salario”, AAVV, Dir. Borrajo Dacruz, *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Tomo I, Vol. 1, Madrid, 1994. En el mismo sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa”, en AA.VV. *La reforma del mercado laboral* (coord. VALDÉS DAL-RÉ, F.), Lex Nova, Valladolid, pág. 117 y ss, para quien no se trataba sólo de instrumentar en el ámbito de la empresa la posibilidad de modificar

como “reglas permisivas de concurrencia” entre convenios de ámbito superior y de empresa en asuntos de especial trascendencia para la empresa <sup>268</sup>, temas relacionados con la articulación y concurrencia <sup>269</sup>, insistiendo en que no se trataba sólo de instrumentar en el ámbito de la empresa la posibilidad de modificar condiciones de trabajo sino de reordenar los niveles negociales <sup>270</sup>.

Por todos estos argumentos, en este “*extenso margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva*” en el que a juicio del máximo intérprete constitucional “*corresponde al legislador ordenar los resultados del proceso de negociación y determinar las reglas de concurrencia y articulación de los convenios*”, pudiendo “*en función de la opción que en cada momento considere más oportuna, ampliar o restringir el margen de intervención de la autonomía colectiva en la fijación de dichas reglas*”, sin que se derive del art. 37.1 CE la imposición de que sea la propia negociación colectiva la que ordene la negociación, “*pues no deriva del art. 37.1 CE que la ordenación de los frutos de la negociación colectiva deba proceder necesariamente de la propia negociación colectiva*” <sup>271</sup>, no parece discutible que en la institución del art. 82.3 ET nos encontramos ante una fórmula habilitada desde la propia Ley para que las partes negociadoras en el ámbito de la empresa en uso de su autonomía colectiva modulen de manera temporal y excepcional la eficacia del convenio en el objetivo de adaptar determinadas materias a las nuevas circunstancias empresariales.

De ahí que no por casualidad el legislador ha optado por el encaje la institución en el precepto del Título III del ET dedicado a la eficacia del convenio.

## **2.2.- Inaplicación de convenio vs preferencia aplicativa del convenio de empresa**

condiciones de trabajo, sino de reordenar los niveles negociales. En este sentido, para el autor se reconocía con la institución un mayor margen de juego a las representaciones de los trabajadores que operaban en el ámbito negocial, tanto unitarias como sindicales.

<sup>268</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E.: ¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?, *Relaciones Laborales*, 1997, T. I, pág. 33

<sup>269</sup> DEL REY GUANTER, S.: “Transformación del sistema de negociación colectiva y “refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos”, AA.VV., *La reforma de la negociación colectiva*, (MANUEL R. ALARCÓN/SALVADOR DEL REY COORDINADORES), Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 39: rechazaba las tesis excesivamente rígidas a su juicio de quienes defienden que las posibilidades de descuelgues contempladas en los arts. 41.2 y 82.3 ET son contrarias a la fuerza vinculante de los convenios colectivos, “y ello por considerar que tales posibilidades representan una violación de la garantía de su eficacia normativa”. Para DEL REY, “Lo cierto es que estamos ante temas relacionados con los ámbitos de articulación y concurrencia de los convenios más que directamente con su eficacia jurídica, y que, en todo caso, difícilmente pueden ser considerados como constitucionalmente condicionados”

<sup>270</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Colección Estudios, 1<sup>a</sup> Edición, Madrid, 1996, págs. 34 a 37, siendo el margen de actuación tan limitado a esos presupuestos, no tendría la capacidad de alterar los principios básicos de la negociación colectiva, pág. 36. Citando a CASAS, “La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de convenios colectivos”, *Relaciones Laborales*, 1994, núm. 17 -18 (monográfico), pág. 293, el objetivo fundamental de la reforma de la negociación colectiva sería su capacidad flexibilizadora o de adaptabilidad de la ordenación jurídica de las relaciones laborales a las necesidades cambiantes de los sectores y las empresas.

<sup>271</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 16 de julio de 2014 en recurso de inconstitucionalidad 5603-2012, Ponente Andrés Ollero Tassara.

Ahora bien, sentado lo anterior, y como manifestamos al comienzo del epígrafe, el descuelgue de convenio no es la única opción prevista por el legislador en este proceso. Junto con la institución de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio, el legislador del 2012 profundiza igualmente en la regla de la preferencia aplicativa del convenio de empresa ex art. 84.2 ET instaurada a partir de la reforma de la negociación colectiva del 2011.

Por lo tanto, el proceso de descentralización de la negociación colectiva hacia el ámbito de la empresa se posibilita en la norma a través de dos piezas normativas complementarias <sup>272</sup>, las del 82.3 y 84.2 ET, lo que exige que nos detengamos en su diferenciación.

### **2.2.1.- La preferencia aplicativa del convenio de empresa ex art. 84.2 ET**

No es el propósito del presente trabajo elaborar un estudio en particular sobre la figura legal de la preferencia aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET. No obstante, existiendo coincidencia entre esta institución y la del descuelgue en cuanto que ambas responden a la finalidad de servir como instrumento a través de la negociación colectiva para la adaptación de las condiciones de trabajo en el ámbito de la empresa <sup>273</sup>, debemos detenernos brevemente en su análisis como paso previo a su diferenciación, más aún tras los cambios producidos en su régimen jurídico con la reforma laboral del 2012.

La preferencia aplicativa del convenio de empresa se introduce por vez primera en la norma con la reforma de la negociación colectiva de junio de 2011 <sup>274</sup>. Previsión legal por la que se

---

<sup>272</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimosegunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 2013, p. 379: “El principio de prioridad aplicativa al convenio o acuerdo de empresa, introducido por el RD-L 7/2011 y reforzado y ampliado en la Ley 3/2012, consta de dos piezas normativas complementarias. Una es la preferencia al convenio de empresa, en caso de concurrencia con un convenio de ámbito superior, respecto de las principales materias de la negociación colectiva; y la otra, la potestad del empresario y de los representantes de los trabajadores a nivel de empresa de acordar en determinadas circunstancias la inaplicación o desvinculación de un convenio colectivo sectorial respecto también de los contenidos más significativos de la negociación colectiva (art. 82.3 ET, redacción Ley 3/2012). Este principio de prioridad aplicativa al convenio o acuerdo de empresa encuentra un sólido fundamento en la protección de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad (art. 38.1 CE), que favorece el reconocimiento de preferencia a la negociación colectiva de empresa en las materias nucleares de la gestión de personal”

<sup>273</sup> No obstante, algún autor se refiere a la descompensación entre ellas, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 35: “la finalidad común que comparten ambas reglas no debe ocultar una realidad: la descompensación que existe entre ellas. Cuando el nuevo modelo se introduce por vez primera, en las reformas de 2010 y 2011, el juego de ambas instituciones mostraba un cierto grado de armonía. La reforma de 2012, sin embargo, se decanta abiertamente por el funcionamiento de la inaplicación del convenio, generándose incoherencias que no pueden escapar al intérprete, incluso si valora positivamente la finalidad perseguida por las nuevas normas”

<sup>274</sup> Art. 1 dos del Real Decreto 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, por el que se da nueva redacción al artículo 84 del ET, BOE nº 139 de 11 de junio de 2011: “Salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma negociado según el artículo 83.2 estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios, la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del



“segrega” al convenio de empresa de la regla general de concurrencia del *prior in tempore* en determinadas materias <sup>275</sup>, siendo modificada la regulación escasos meses después con la reforma introducida por el legislador de urgencia en febrero de 2012 a raíz de la cual se incorporan importantes novedades en su régimen jurídico <sup>276</sup>.

Como paso previo, podemos definir a la regla de la prioridad aplicativa como la posibilidad de afectación de un convenio vigente por otro posterior de nivel de empresa en determinadas materias tasadas en la norma, en lo que supone una excepción a la regla general de primacía del primer convenio negociado en el tiempo. De este modo, con la nueva previsión legal el legislador da el espaldarazo definitivo a la descentralización de la negociación colectiva en la pretensión de mejorar la adaptabilidad en la empresa a las nuevas circunstancias <sup>277</sup>.

---

*tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1. Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 podrán ampliar la relación de condiciones de trabajo anteriormente señalada.”*

<sup>275</sup> “El proceso de separación convenio sectorial/ convenio de empresa se recoge en la ley por vez primera en 2011. Para un grupo de materias, el RD-Ley 7/2011 segrega al convenio de empresa de la regla general de no afectación, que reconoce prioridad aplicativa al convenio anterior en el tiempo -art. 84.1 ET-” MERINO SEGOVIA, A.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, p. 252

<sup>276</sup> Nueva redacción del art. 84.2 ET mediante art. 14 tres del Real Decreto Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, BOE nº 36 de 11 de febrero de 2012: “La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2. Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1. Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado.”

<sup>277</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F, en *Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio*, BIB 2011\1156, apartados 8 - Estructura y concurrencia de convenios -: “La reforma de 2011 ha reordenado la posibilidad de afectación de un convenio vigente por otro posterior, admitida hasta ese momento únicamente entre convenios sectoriales de distinto ámbito, al permitir ahora el art. 84.2 ET la concurrencia de un convenio de empresa con otro de sector en determinadas materias. Así, y salvo que se hubiera establecido cosa distinta en un acuerdo interprofesional o convenio colectivo ex. art. 83.2 ET, tendrá prioridad aplicativa el convenio de empresa posterior -o, en su caso, el convenio de grupo de empresas o de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas- sobre la regulación contenida en un convenio sectorial anterior de

Frente a la regla de la “conurrencia convencional” del art. 84.1 ET, “excepción indirecta” a la regla general de concurrencia en cuanto sólo se activa cuando hay previsión expresa en la negociación ex art. 83.2 ET, la del art. 84.2 ET se presentaría en la norma como una “excepción directa” en cuanto que para su activación no se requiere de acuerdo previo en este sentido <sup>278</sup>.

Antes de entrar en el análisis de los importantes cambios entre una y otra norma, interesa destacar cómo a partir de febrero de 2012 el legislador concibe la preferencia aplicativa del convenio de empresa como una de las varias medidas de flexibilidad interna que se presentan en la norma <sup>279</sup>, lo que por sí mismo es buena muestra de la filosofía de la institución <sup>280</sup>.

Entrando ya en la regulación de su régimen jurídico, la principal diferencia entre una y otra regulación <sup>281</sup> se centra en que, mientras que para el legislador del 2011 la decisión sobre la descentralización se residía siempre y en último término en la autonomía colectiva <sup>282</sup>, lo que llevó a concluir a determinado sector doctrinal sobre la precaria situación en que quedaba en este sentido el convenio de empresa dada la especie de “jerarquía implícita” entre productos negociales <sup>283</sup>, para el legislador del 2012 se convierte en indisponible, precepto de orden

---

*cualquier ámbito, en las siguientes cuestiones (ampliables mediante los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 ET): ...”*

<sup>278</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 28 (2012), p. 33: “Por el contrario, en el caso que analizamos ahora nos encontramos cómo el legislador restablece una excepción directa, de manera que para su activación no se requiere negociación, ni acuerdo alguno en este sentido”.

<sup>279</sup> En este sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, en AA.VV., *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (Dirs. García-Perrote Escartín-Mercader Uguina), Lex Nova, 2012, p. 223, la reforma del 2012, iniciada con el RD Ley 3/2012

<sup>280</sup> Recordamos que en el Real Decreto 7/2011, de 10 de junio la medida se insertaba en un artículo dedicado a la “Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios colectivos”. Por el contrario, en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, la medida se inserta dentro del Capítulo III de la norma titulado “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo”.

<sup>281</sup> En materia de preferencia aplicativa, señala GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 37 y 38, que son tres las diferencias entre la regulación de las reformas del 2011 y el 2012: primero, la incorporación de la posibilidad de ampliación de materias a un nuevo apartado 84.2 g) ET, segundo, la eliminación de la posibilidad de bloqueo ex art. 83.2 ET, tercero, la modificación del primer párrafo del art. 84.1 ET para indicar que los convenios de empresa “podrán negociarse en cualquier momento de la vigencia de los convenios colectivos de ámbito superior”

<sup>282</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p. 172: “La relación de tensión normativa se establecía entre dos convenios de ámbito distinto y no entre la ley y el convenio. El dato es significativo porque el artículo 84 estaba atribuyendo la decisión sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa a un acuerdo de los negociadores sociales en los dos casos. En otros términos, tal decisión se atribuía a la autonomía colectiva.”. En este contexto, “Había que entender por lo tanto que el convenio de empresa se encontraba en esta materia subordinado y dependiente de la decisión que en su caso se adoptase por los negociadores del convenio de ámbito superior”

<sup>283</sup> MERCADER UGUINA, J.: “Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el Real Decreto-Ley 7/2011”, en GARCÍA-PERROTE Y MERCADER (dirs.), *La reforma de la negociación*

público <sup>284</sup>, en una regla de derecho necesario absoluto <sup>285</sup>, “regla de primer grado” <sup>286</sup> en un paso más en el objetivo de favorecer la más fácil adaptación de la negociación a las circunstancias concretas de la empresa <sup>287</sup>. Si bien es cierto que no toda la doctrina se mostraba conforme con esta ecuación negociación a nivel de empresa igual a adaptabilidad

<sup>288</sup>

---

colectiva, Lex Nova, 2011, p. 98: el convenio colectivo de empresa quedaba situado “en una posición precaria y dependiente de las orientaciones que a nivel centralizado se decidan en cada momento, estableciendo por esta vía la ley una relación de jerarquía implícita entre los distintos convenios colectivos”

<sup>284</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 352: “En efecto, con la reforma 2012 la excepción de la prioridad aplicativa del convenio de empresa deja de ser una regla supletoria para convertirse en un precepto de orden público, inmodificable por la vía del art. 83.3 ET... Con ello se rectifica, por lo menos en parte, la opción de política de derecho adoptada por el RDley 7/2011” ... “El legislador de 2012 quiere evitar una descentralización controlada y condicionada por decisiones externas a la empresa, y por ello prescinde de la autonomía colectiva en la cumbre y remite directamente al nivel de empresa la decisión de pactar un nuevo acuerdo que invada el ámbito aplicativo de otro convenio previo que está vigente”. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 32 “Nos encontramos ante una norma imperativa, de ius cogens de la negociación colectiva, que llega a privar de sus funciones a los mismos acuerdos de ordenación del sistema negocial, a los que sólo se permite ampliar el abanico de materias de aplicación preferente del convenio de empresa...”

<sup>285</sup> DEL REY GUANTER, S.: “Los principios de ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 7: se afecta, “y de una forma decisiva, a la relación entre los niveles supraempresariales y el nivel de empresa, y ello de una forma sin precedentes en nuestro Ordenamiento laboral”

<sup>286</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La reforma de la negociación colectiva en España”, *Aranzadi Social Doctrinal*, nº 11, parte Estudio, año 2012, p. 105.

<sup>287</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 353 “Con la innovación del art. 84.2 ET la reforma 2012 sigue la senda abierta por las reformas 2010 y 2011 dando un significativo paso adelante para conseguir el objetivo de fortalecer el nivel de empresa como ámbito negocial que ha de facilitar la flexibilidad interna y la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las cambiantes necesidades de la empresa”. En similares términos, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 28 (2012), p. 25: con la excepción a la prohibición de concurrencia establecida en el art. 84.2 ET “la pretensión del legislador es favorecer la mejor y más fácil adaptación de la negociación a las concretas circunstancias y situaciones de la empresa y para conseguirlo se da prioridad aplicativa a los convenios de empresa sobre los previos convenios sectoriales, al menos sobre determinadas materias. En el proceso de reformas, además, se ha reforzado este objetivo, de manera que el RDL 3/2012 va mucho más lejos de lo inicialmente previsto por el legislador a través de la Ley 7/2011”.

<sup>288</sup> En este sentido, CARDENAL CARRO, M., *Convenios y negociación colectiva tras el RDley 7/2011*, de 10 de junio, BIB 2011\1156, -9 - Un supuesto específico de concurrencia: la prioridad del convenio de empresa-, se muestra especialmente crítico con la posibilidad de la preferencia aplicativa ex art. 84.2 ET (“Flexibilidad” y “adecuación” como mantra): “Entre los mantras más difundidos últimamente se encuentran tanto la flexibilidad como la adecuación a la empresa concreta, y esa línea sigue la reforma. Es clara su exposición de motivos al respecto, pues sobre las materias en las que se establece la prioridad

Por lo tanto, a partir febrero de 2012 es la Ley la que impone la preferencia aplicativa<sup>289</sup>, hasta el punto de que la doctrina judicial viene declarando de manera reiterada la nulidad de los convenios colectivos que intentan “bloquear” en la negociación colectiva la previsión legal<sup>290</sup>.

Ahora bien, dicho esto, no se trata de una subordinación o primacía de un convenio sobre otro, pues estrictamente no hay una relación de jerarquía entre el convenio de empresa y el convenio supraempresarial<sup>291</sup>. Se trata de una regla de prioridad aplicativa aunque, en la

---

*del convenio de empresa, se indica que «Son éstas las que se identifican como más cercanas a la realidad de las empresas, y en las que, en mayor medida, encuentra justificación una regulación particularizada, en aras de conseguir una mejor acomodación de las relaciones laborales al entorno económico y productivo en que se desenvuelven». Salvo situaciones patológicas, el razonamiento es insatisfactorio, y se opone a una máxima sobre la que no es preciso discurrir en exceso: la negociación colectiva no es sectorial por casualidad, sino por esa similitud que existe en las empresas de un mismo entorno geográfico y productivo. Pues bien, justo ese argumento, es el que ahora se emplea para extraer la conclusión inversa, y con ella la conveniencia de autonomía por cada empresa. En realidad, no deja de ser un eslabón de un proceso, en el que se admitió primero el descuelgue salarial, se relajó luego su mecanismo y se extendió a otras instituciones la relajación de las normas del convenio colectivo, y ahora se privilegia con un amplio espectro el convenio empresarial frente al sectorial en esa y otras materias.»*

<sup>289</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p.174: “La reforma realizada por la LRML opera eliminando la posibilidad de que un convenio superior al de empresa disponga algo distinto de la prioridad señalada por la ley”. Aquí está la clave, “Es la ley por tanto la que impone ahora la prioridad aplicativa del convenio de ámbito inferior, intocable, salvo por la vía de ampliación de materias, por parte de los convenios sectoriales. Es la ley, en otras palabras, la que ha venido por esta vía a intensificar la descentralización de la negociación, sustrayendo en su caso de la facultad de hacerlo a los convenios de ámbito superior”

<sup>290</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 95/2012, en recurso 132/2012, de fecha 10 de septiembre de 2012, Ponente María Carolina San Martín Mazzucconi o Sentencia de la Audiencia Nacional número 201/2013, de 13 de noviembre de 2013, en recurso 278/2013, Ponente María del Carmen Prieto Fernández, F.J. 3º. En este sentido, para cierta doctrina incluso va a proyectar sus efectos sobre los convenios que incorporen este tipo de “blindajes”, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, 39 y 40, “A falta de otra regla transitoria, parece razonable pensar que resulta imperativa desde su previsión en el RDL 3/2012 sin que de ello pueda derivarse sospecha alguna de inconstitucionalidad relacionada con la invasión por el legislador de los espacios ocupados por la autonomía colectiva”, al producir plenos efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley, LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 352: “el legislador decide intervenir con una técnica de imperatividad de la regla legal con la finalidad de garantizar con mayor eficacia la aplicación práctica de la reforma, conjurando posibles decisiones convenidas por los interlocutores sociales al más alto nivel que eludan o maten la preferencia aplicativa del convenio de empresa. Debe advertirse que el carácter de derecho necesario absoluto de la regla de preferencia aplicativa del convenio de empresa tiene plenos efectos desde la entrada en vigor del RDley 3/2012, y al no existir ninguna disposición transitoria que establezca regla especial al respecto, es posible activar la prioridad respecto de convenios colectivos y acuerdos ex art. 83.2 ET aprobados antes de la reforma, y que en algunos casos establecen criterios que contradicen lo dispuesto en la Ley 3/2012”

<sup>291</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura y concurrencia entre convenios colectivos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 68, año 2007 se pronunció en el sentido de que el legislador en esta materia habría adoptado una postura abstencionista sin establecer relación de jerarquía ni preferencia aplicativa alguna de unos convenios sobre otros al aplicar la fuerza vinculante por igual a todas las unidades de negociación. Con el debido respeto, quizá ello se pueda predicar en sentido estricto de la jerarquía pero no de la preferencia aplicativa, por ejemplo, del descuelgue autonómico del art. 84.3 ET

práctica, en esas concretas materias, el resultado va a ser el de una cierta “prevalencia jerárquica” del convenio de empresa, resultando precisamente esa prioridad aplicativa la conexión fundamental de esta figura con la del descuelgue <sup>292</sup>. De ahí que se haya calificado como una primacía “cuasi absoluta” <sup>293</sup>, si bien con la importante matización de que no resulta absoluta e incondicionada pues lo va a ser sólo en determinadas materias <sup>294</sup>.

En este sentido, con la desaparición de la facultad de bloqueo de la preferencia aplicativa a través de la negociación en acuerdos interprofesionales, resulta evidente que el legislador ha “independizado” al nivel de negociación de empresa respecto de los niveles superiores <sup>295</sup>,

---

en la redacción vigente al momento de la publicación, o en el momento actual indiscutiblemente de la regla del art. 84.2 ET como su propio nombre indica. Otra cuestión es que formalmente, no exista esa relación jerárquica, en eso nos mostramos absolutamente de acuerdo.

<sup>292</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 31: “De alguna manera se está estableciendo una jerarquía entre convenios, siendo el de empresa el preferente en la práctica; aunque no se presenta como tal, sino como una simple prioridad en algunas materias, a modo de un criterio de especialidad o de competencia. El resultado es similar al de una prevalencia jerárquica en el ámbito material que prevé el precepto, que incluye el núcleo duro de las condiciones laborales”

<sup>293</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 37, se atribuye un criterio de primacía cuasi absoluta frente al resto de las unidades negociales.

<sup>294</sup> MERCADER UGUINA, J.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012. La empresa como nuevo centro de gravedad”, en GARCÍA-PERROTE. I Y MERCADER, J. (dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 373, “Conviene precisar que el establecimiento de la regla del artículo 84.2 ET no supone una atribución de preferencia absoluta e incondicionada de los convenios de empresa en relación con lo establecido en los convenios de ámbito superior sino, únicamente, una preferencia relativa en las concretas materias que expresamente le atribuye la Ley. Ello significa que en aquellas materias que no queden expresamente reservadas al nivel de empresa continúa conservando pleno vigor la prohibición de concurrencia que admite con carácter general al artículo 84.1 ET y, en consecuencia, el efecto de la ineficacia aplicativa, o de mera inaplicabilidad del convenio de empresa que afecte o invada a otro similar de ámbito superior” Señala como muy acertado ejemplo el de la materia de la subrogación, materia no susceptible de ser subsumida en el listado legal. En contra de esta opinión, MERINO SEGOVIA, A.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, p. 255: “Una modificación, sin más, al art. 84.2 ET -con mantenimiento intacto del resto del precepto- (que) supondrá la alteración radical de un modelo de negociación colectiva que se quiso organizar desde la autonomía y el poder contractual del sujeto colectivo”, “descentralización sin condiciones”.

<sup>295</sup> DEL REY GUANTER, S.: “Los principios de ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 7: “Dicho sea de forma sumaria, la Ley 3/2012 ha independizado al nivel de empresa de los niveles superiores, dotándole de una autonomía absoluta en determinadas materias respecto a lo que pueda disponerse en esos niveles”

probablemente en una opción legislativa en reacción a las experiencias negociales bloqueando esta posibilidad <sup>296</sup>.

No obstante, no es ésta una medida que desde luego esté exenta de críticas.

Entre otras, se aduce que reduce las posibilidades de articulación de la negociación colectiva <sup>297</sup>, por lo que prácticamente priva de valor a la previsión del art. 83.2 ET <sup>298</sup>. O que provocará fuertes cambios en la estructura de la negociación colectiva <sup>299</sup>, debilitando el papel de los interlocutores sociales a la hora de fijar la estructura de la negociación colectiva <sup>300</sup>. Incluso hay quienes vierten sospechas sobre la naturaleza de auténtica negociación colectiva <sup>301</sup>.

---

<sup>296</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 19 y 20, entre otros, IV Convenio General de la Construcción (BOE 15-3-2012); XVI Convenio general de la industria química 2011-2012; Acuerdo estatal del sector del metal (BOE 22-2-2012); Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas 2011, 2012, 2013 y 2014 (BOE 26-1-2012); Convenio colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de mediación en seguros privado (BOE 3-2-2012); II Acuerdo general para las empresa de transporte de mercancías por carretera (BOE 29-3-2012); Convenio colectivo de las cajas y entidades financieras de ahorro para el período 2011-2014 (BOE 29-3-2012); III Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 13-4-2012)

<sup>297</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Flexibilidad interna y externa en el Real decreto Ley 3/2012”, *Diariolaley.es*, nº 7833, año 2012, P. 12,. Para el autor, los convenios colectivos de empresa siempre han sido posible, y con el anterior sistema, se trataba de que los convenios de sector “*diseñaran las condiciones mínimas generales, abriendo la puerta a que los convenios de empresa pudieran convivir con los convenios de rama e, incluso, regulando preferentemente determinadas materias, pero esas decisiones se dejaban al ámbito propio de la autonomía colectiva: Ahora, el acento se pone sobre un convenio colectivo de empresa con prioridad aplicativa entre las materias, lo que puede entenderse tanto como la crisis del principio de unidad de convenio, conviviendo y aplicándose en la misma empresa convenios de diverso ámbito... o una mayor generalidad de los convenios de empresa de firma poco deseables en un país con una estructura empresarial dominada por la pequeñas empresas*”. SALA FRANCO, T.: “La reforma de la negociación colectiva”, en BLASCO, A., *La reforma laboral en el RDL 3/2012*, Valencia (Tirant), 2012, p. 66.

<sup>298</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 12 y ss. Se remite a SALA FRANCO, T.: “La reforma de la negociación colectiva (Real Decreto-Ley 7/2011, de 11 de junio), en AL, nº 18, 2011, p. 2101.

<sup>299</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 38 y 39: “*novedad de hondo calado, que con toda seguridad provocará fuertes cambios en la estructura de la negociación colectiva, que por efecto derivado desencadenará consecuencias colaterales en aspectos muy variados*” Para el autor, será el instrumento por excelencia favorecedor de la flexibilidad interna en las empresas

<sup>300</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 28 (2012), p. 39: “*El legislador hace que la norma pase de dispositiva a imperativa y de derecho necesario. Por lo tanto se refuerza el nivel de empresa y se debilita el papel de los interlocutores sociales a la hora de fijar la estructura de la negociación colectiva*”

<sup>301</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 97 y 98 por varios motivos, primero, porque “*supone una significativa y criticable incidencia en una estructura de la negociación colectiva establecida por los acuerdos o convenios organizadores de la misma, es decir, una estructura que es fruto de la propia autonomía colectiva expresada en los niveles superiores y más representativos*”; segundo, porque “*en muchos casos puede dudarse de la existencia de una verdadera capacidad negociadora por parte de los trabajadores y el mejor ejemplo son los convenios en empresas de muy*

También se alega un posible efecto de rebaja y deterioro de las condiciones salariales y de trabajo <sup>302</sup>.

Más allá aún, y pese a la limitación de materias, se concluye que por su duración temporal provocará una suerte de *vis expansiva* o generalización a la globalidad de las mismas <sup>303</sup>.

No obstante también es posible encontrar efectos positivos entre los comentaristas de la reforma. Por ejemplo, el de inmunizar a las empresas frente a los riesgos de petrificación. O el de que se desarrolla a través de un producto de la autonomía colectiva, con lo que no se introducen facultades de titularidad empresarial <sup>304</sup>. Igualmente se señala como acertada la limitación a determinadas materias o la circunstancia de que sale al paso de la línea negocial a nivel superior en la que se optaba por cerrar el paso al nivel empresarial <sup>305</sup>. Más allá, se señala el efecto beneficioso en cuanto supone un auténtico reto para una negociación

---

*pequeña dimensión*" (olvida que se necesitan representantes para negociar y que el modelo de negociación es el que es); tercero, porque *"la evidente prioridad aplicativa del convenio de empresa, útil sin duda a muchos efectos, tiene en cambio un precio de atentado a la autonomía colectiva y de degradación de las condiciones de trabajo que debe considerarse alto; en qué medida esto puede afectar a la propia productividad que se persigue como objetivo central es una pregunta a la que los resultados de la aplicación del RDL 3/2012 darán sin duda respuesta"*. En esta línea, MERINO SEGOVIA, A.: "La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos", *Revista de Derecho Social*, nº 57, p. 256: *"Esta alternativa, que juega a favor de una descentralización sin condiciones, "encierra una trampa evidente", porque la falta de representantes de los trabajadores en buena parte de las empresas y la debilidad representativa en otras, puede encauzar, en el peor de los casos, una "imposición de condiciones por parte del empleador y (...) la individualización real"*, sigue a ALFONSO MELLADO, C.L.: "Reforma y retos de la negociación colectiva", en *La reforma laboral de 2010*, Fundación 1º de mayo, Anuario 2011, nº 04 relaciones Laborales, p. 147.

<sup>302</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "Flexibilidad interna y externa en el Real decreto Ley 3/2012", *Diariolaley.es*, p. 10, *"sin alterar las líneas sustanciales de la reforma de 2011, se ha llegado mucho más lejos, y se han introducido algunos elementos nuevos que pueden limitar los espacios de la autonomía colectiva, dificultar los procesos de articulación de convenios, abrir vías para la rebaja y deterioro de las condiciones salariales y de trabajo de los trabajadores, reflejando también la sensible pérdida del poder sindical en la crisis"*. LÓPEZ ANIORTE, M.C.: "la reforma de la negociación colectiva como mecanismo de adaptación de las condiciones laborales", en AAVV (CAVAS MARTÍNEZ Coord.): *La reforma laboral de 2012*, Ed. Laborum, Murcia, 2012, p. 171.

<sup>303</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: "Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012", *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 37

<sup>304</sup> NAVARRO NIETO, F.: "La reforma del marco normativo de la negociación colectiva", XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, págs. 23- 24 y 27: *"La norma no está introduciendo facultades de titularidad empresarial, sino poderes que corresponde gestionar a la negociación colectiva en la empresa"*

<sup>305</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 38 y 39

colectiva provincial ciertamente anquilosada<sup>306</sup>. Desde una perspectiva de técnica jurídica, en cuanto que aclara las reglas de afectación entre convenios<sup>307</sup>.

A la vista de esta variedad de opiniones, conviene a nuestro juicio efectuar determinadas precisiones a la hora de valorar la institución.

En primer lugar, como ha sido remarcado por el propio Tribunal Constitucional al desestimar el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del precepto del art. 84.2 ET<sup>308</sup>, con la preferencia aplicativa del convenio de empresa la negociación colectiva no queda disminuida, ni se impide que los convenios sectoriales enmarquen reglas específicas negociadas como ordenación general a ese nivel haciendo posible una más avanzada y completa articulación de acuerdos<sup>309</sup>.

En este sentido el legislador diseña un esquema de negociación colectiva en el que se pretende que convivan ambos niveles de negociación pero con un campo de actuación diferente, lo que resulta de todo punto lógico, no sólo porque los problemas a afrontar en uno y otro ámbito no son los mismos, sino porque las necesidades de las empresas tampoco lo son. Ése ha sido probablemente uno de los mayores “talones de Aquiles” de la negociación colectiva, pretender abarcar en un único convenio colectivo a empresas con tipologías y visicitudes muy diversas.

En segundo lugar, y pese a la recurrente alegación de haberse vulnerado con la reforma de febrero de 2012 el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2014, no hay

---

<sup>306</sup> DEL REY GUANTER, S.: “Los principios de ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 14.

<sup>307</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 28 (2012), p. 33 y p. 35: “la norma debe ser valorada positivamente, pues aclara de manera satisfactoria que debemos entender por afectación de un convenio por otro, y cuál de los dos se aplica si concurren al mismo tiempo”: los convenios de empresa tendrán prioridad sobre otros convenios diferentes y “con ello se elimina cualquier tipo de duda sobre cuál es el significado de la afectación”.

<sup>308</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 16 de julio de 2014 en recurso de inconstitucionalidad 5603-2012, Ponente Andrés Ollero Tassara y Sentencia 8/2015, de 22 de enero de 2015, en recurso de inconstitucionalidad 5610/2012, Ponente Encarnación Roca Trías.

<sup>309</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p.174: “Sin minimizar la importancia de esta reforma, que refuerza la intensidad reguladora del convenio de ámbito inferior, conviene subrayar que **la negociación colectiva no resulta con ello disminuida en su función de regulación. Solamente ha quedado reducida la capacidad negociadora de las organizaciones sindicales y empresariales, que disponían antes de la aplicación efectiva de la prioridad de aplicación del convenio de empresa, para eliminarla o reducirla, con atribución exclusiva de la negociación de las materias señaladas a los sujetos legitimados a nivel de empresa**” P. 175, “El refuerzo del convenio de empresa no puede ser calificado en sí mismo como un dato negativo: las ventajas que para la organización productiva conlleva a efectos de conseguir una regulación mejor adaptada a sus necesidades son evidentes. **No se impide por otra parte el que los convenios sectoriales enmarquen las específicas reglas negociadas a este nivel por medio de una ordenación general, con lo que se hará posible una más avanzada y completa articulación de acuerdos, con mejores resultados y mejor distribución del esfuerzo en la negociación**”. (Negrita del que suscribe).



sino que asomarse a su tenor literal para observar cómo precisamente los interlocutores sociales se movían en la posición de favorecer la negociación colectiva al nivel de empresa <sup>310</sup>.

En este sentido, los suscribientes del Acuerdo mostraban una posición favorable para dar entrada a la negociación colectiva a nivel inferior <sup>311</sup>. Como se ha apuntado, se percibe una evidente conexión entre los procesos de diálogo social y la reforma laboral del 2012, a la vista de la clara sintonía entre los titulares de la potestad legislativa y los agentes sociales en el plano de los fines y propósitos, tal vez más allá de lo que en una primera impresión pudiera parecer <sup>312</sup>.

Pero además con un muy importante, y desapercibido entre la gran mayoría de los comentaristas de la reforma, “*punto de divergencia*” entre el Acuerdo Interprofesional y la regulación del art. 84.2 ET. Mientras que la norma dejaba la regulación de la preferencia aplicativa a los acuerdos ex art. 83 ET, la opción acordada en el seno del diálogo social era más respetuosa con la autonomía colectiva en el nivel inferior pues, literalmente, se dejaba en manos de las partes negociadoras en el ámbito empresarial “*a instancia de las partes afectadas*” <sup>313</sup>. La opción del legislador del 2012 es por lo tanto más respetuosa con el ámbito

---

<sup>310</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 37, “*lo bien cierto es, sin embargo, que, al menos en el terreno de los principios, los interlocutores sociales no pensaban moverse en tal dirección. Antes al contrario, y siempre en el terreno de los principios, en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, 2012-2014, capítulo I.1, suscrito unos días antes de la aprobación del RDL 3/2012, se hacía una apuesta “decidida” a favor de la descentralización de la negociación, afirmándose que “los convenios sectoriales deberán propiciar la negociación en la empresa, a iniciativa de las partes afectadas, de jornada, funciones y salarios por ser el ámbito más adecuado para configurar estas materias”*” (Negrita del que suscribe)

<sup>311</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p. 172 y 173: “*los convenios sectoriales deberán propiciar la negociación en la empresa, a iniciativa de las partes afectadas, de jornada, funciones y salarios por ser el ámbito más adecuado para configurar estas materias*”, para el autor “*se exterioriza una posición favorable, bien es verdad que limitada en lo material, para dar entrada al convenio de nivel inferior: no se utiliza la expresión “prioridad aplicativa” introducida por el art. 84 ET en 2011, pero el resultado, si las partes así lo deciden, es el mismo*” (Negrita del que suscribe)

<sup>312</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “Una Reforma Laboral paralela: los acuerdos interprofesionales del año 2012”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, año 2012, p. 303: *Y en este sentido cabe decir que entre los procesos de reforma laboral desarrollados en nuestro país durante el período 2010-2012 y la actividad de diálogo interprofesional desenvuelta en ese mismo tramo temporal es posible encontrar muchos puntos de contacto; tal vez más de los que una primera impresión pudiera deparar. La flexibilidad interna y el relanzamiento de la empresa como ámbito principal de negociación son, por ejemplo, objetivos comunes a la reforma laboral y al AENC. La especial atención a la renovación puntual y periódica de los convenios colectivos y el deseo explícito de facilitar la superación de eventuales situaciones de bloqueo son, por otro lado, datos presentes tanto en las reformas legales de los últimos tiempos como en la renovación del acuerdo de solución de conflictos laborales (ASAC). No puede negarse la distancia existente entre la puesta en marcha de la reformas laborales de los últimos años y la posición mantenida al respecto por los interlocutores sociales (especialmente por los sindicatos), pero la consulta de los acuerdos bilaterales alcanzados en este período permite detectar muchos puntos de intersección o aproximación entre esa intervención legal reformadora y la actividad de negociación colectiva que mientras tanto se ha desplegado en el mencionado ámbito interprofesional”*

<sup>313</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p. 173: “*El punto de divergencia más*

de negociación empresarial pues, no existiendo deber de negociación de buena fe en el supuesto del art. 84.2 ET, siendo sólo activable la negociación por consenso como aclaramos más adelante, sólo el acuerdo de ambas representaciones podrá imponer la apertura de esa nueva unidad de negociación en el ámbito empresarial, diga lo que diga el acuerdo interprofesional.

En tercer lugar, en lo que se refiere a su incidencia práctica, el impacto de la preferencia a tenor de la propia experiencia negocial resulta bastante relativo, fundamentalmente por la fisonomía de las empresas y del tejido empresarial en el que predomina la pequeña empresa sin representación <sup>314</sup>. En este sentido, las estadísticas del Observatorio de la Negociación Colectiva así lo acreditan <sup>315</sup>, de ahí que el ratio de trabajadores/empresa con cobertura de

---

*importante entre lo establecido en el artículo 84.2 entonces vigente y lo previsto en el acuerdo era que el primero, como se ha observado ya, atribuía la facultad de fijar “reglas distintas” sobre la estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios que modificasen la prioridad aplicativa del convenio de empresa a los acuerdos interprofesionales de carácter “estatal” o de Comunidad Autónoma. Mientras que el Acuerdo introduce el “criterio” de que los convenios sectoriales deberían “propiciar la negociación en la empresa” de las materias señaladas. Se dice además en este texto que ello se hará “a iniciativa de las partes afectadas”, por lo que debe entenderse las del convenio de empresa”. “Hay todavía otro elemento diferenciador de importancia: en el criterio del Acuerdo favorable a que los convenios sectoriales propicien la negociación de empresa se debe producir “a instancia de las partes afectadas”. Por lo que no puede interpretarse otra cosa que deberá contarse con la petición conjunta de quienes posean legitimación para negociar el convenio de empresa; o en otros términos, que el convenio sectorial no puede realizar aquella función si éstas no lo solicitan. Planteamiento del todo distinto al del artículo 84.1 ET, en el que la decisión por parte de quienes negocian el convenio del artículo 83.2 (facultados para tomarla) no se encuentra sometida a ninguna condición previa”. La Sentencia de la Audiencia Nacional número 199/2013, de fecha 13 de noviembre de 2013, en recurso 424/2013, Ponente Ricardo Bodas, F.J. 4º : “La jurisprudencia, que ha interpretado el art. 87.1 ET, deja perfectamente claro que la legitimación para negociar un convenio de empresa pivota sobre el principio de correspondencia, de manera que, si se pretende negociar un convenio de empresa, en el que hay varios centros de trabajo, como sucede con la empresa demandada, no es posible que el convenio se negocie por un solo comité de empresa.”.*

<sup>314</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTROYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 354: “no es previsible que la nueva formulación de la regla de preferencia aplicativa del convenio de empresa vaya a alterar de forma brusca e inmediata la estructura de negociación existente” “En efecto, si se tiene en cuenta el tejido empresarial de nuestro país, con predominio de la pequeña empresa, no hay que descartar que muchos empresarios, sin cultura alguna de negociación, sigan prefiriendo la comodidad del paraguas del convenio sectorial. En otros casos no habrá oposición al cambio sino sencillamente imposibilidad de negociar convenios de ámbito empresarial por inexistencia de representantes del personal, de tal manera que los convenios sectoriales seguirán cubriendo a esta parte importante de la estructura empresarial”. DEL REY GUANTER, S.: “Los principios de ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 14, quien entiende que existen factores de toda índole que servirán como freno o ralentización del proceso descentralizador; en este sentido, entiende que el tamaño medio de las empresas españolas no hace previsible una “explosión” de unidades de negociación a nivel empresarial, para el autor, “Las medianas y pequeñas empresas, y desde luego las microempresas, parecen encontrar un nivel más adecuado en el superior, y especialmente en el provincial”.

<sup>315</sup> Si nos remitimos a los datos mostrados en pág. 5 del Boletín nº 43, marzo-abril 2014, “Observatorio de la Negociación Colectiva”, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos publicado en la web del Ministerio de Empleo, la proporción entre convenios colectivos de empresa y convenios de ámbito superior a la empresa baja significativamente en el primer trimestre del 2014 respecto de años

negociación colectiva a nivel de convenio de empresa esté en 312,6 trabajadores en 2014, habiéndose curiosamente incrementado éste desde los 271,5 trabajadores del año 2011, los 294,5 trabajadores del año 2013, o los 271,5 trabajadores/ empresa nuevamente del año 2013. Los datos demuestran que la negociación colectiva de empresa tan solo se lleva a cabo en la gran empresa, ni tan siquiera en la mediana, menos aún en la pequeña. Al margen, si comparamos por materias tan significativas como la jornada de trabajo o el salario, se deducen datos tan significativos como el de que la jornada media en convenio de sector hasta 30 de junio de 2014 se sitúa en 1757,77 horas anuales frente a las 1705,13 en convenios de empresa; en materia de incrementos salariales, el incremento medio en convenios de sector hasta 30 de junio de 2014 había sido del 0,54 por 100 frente al 0,55 por 100 en convenios de empresa privadas<sup>316</sup>.

Por último, en cuarto lugar, en lo que se refiere a las críticas por la limitación de las posibilidades de articulación de la negociación colectiva sectorial y la pretendida pérdida de valor de la previsión del art. 83.2 ET, conviene recordar que, en su caso, no sería la primera vez que el legislador diseñara un modelo de negociación colectiva sectorial “expuesto” a la negociación de ámbito inferior. En este sentido, ya en la reforma de 1994 se incorporó al modelo de negociación colectiva la posibilidad del “descuelgue autonómico”, opción legal a través de la cual se otorgaba preferencia aplicativa a los convenios de determinado ámbito en los niveles intermedios en detrimento de la negociación sectorial de ámbito superior<sup>317</sup>.

En todo caso, para terminar con esta aproximación a la figura de la preferencia aplicativa del convenio de empresa ex art. 84.2 ET, tres últimas precisiones.

Una primera, que confirmaría cierta dificultad en la negociación de este tipo de convenios de ámbito empresarial. Así, no son pocas las resoluciones judiciales que desde la promulgación de la reforma vienen anulando intentos de negociación en el ámbito empresarial por el motivo de

---

anteriores, 422 convenios de empresa frente a 248 convenios supraempresariales en el 2014, 1522 convenios de empresa frente a 641 supraempresariales en el año 2013; 2824 de empresa vs 1010 supraempresariales en el año 2012; 3422 de empresa vs 1163 supraempresariales en el año 2011, etc..., con una cobertura en cuanto a número de trabajadores muy superior en lo que se refiere a convenios de ámbito superior a la empresa.

<sup>316</sup> Fuente “Información sobre Negociación Colectiva, Expedientes de Regulación de Empleo, Conflictividad Laboral, Empleo, Contratación, Diálogo Social y Europa”, Departamento de Relaciones Laborales de la CEOE, Junta Directiva de 16 de julio de 2014.

<sup>317</sup> Argumento que expresamente se recoge en la fundamentación jurídica de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 16 de julio de 2014 en recurso de inconstitucionalidad 5603-2012, Ponente Andrés Ollero Tassara: *“Siendo el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) un derecho de configuración legal, corresponde al legislador ordenar los resultados del proceso de negociación y determinar las reglas de concurrencia y articulación de convenios colectivos; puede pues, en función de la opción que en cada momento considere más oportuna, ampliar o restringir el margen de intervención de la autonomía colectiva en la fijación de dichas reglas. Así, en regulaciones precedentes, el legislador optó legítimamente por dejar una mayor margen a la negociación colectiva para establecer la estructura de la negociación, sin que por ello renunciara a establecer reglas concretas, incluida alguna dirigida, como la ahora impugnada, a dotar de preferencia aplicativa a los convenios de un determinado ámbito. En efecto, en el año 1994 el legislador apostó por descentralizar la estructura de la negociación colectiva a favor de niveles intermedios (autonómicos y provinciales); para ello se dio prevalencia a los convenios colectivos de ámbito inferior sobre los de ámbito superior, al admitirse que los convenios supraempresariales podían afectar a los dispuesto en los de ámbito superior salvo en determinadas materias”* (Negrita del que suscribe)

la vulneración del principio de la falta de correspondencia entre la representación en la comisión negociadora del convenio y la legitimidad negocial necesaria <sup>318</sup>.

En segundo lugar, la norma se refiere a la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa con respecto al negociado en el ámbito superior a la empresa, extendiendo la preferencia aplicativa a los convenios de grupos de empresa y de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas e identificadas nominativamente. Nada se dice en la norma con respecto al papel de los convenios colectivos de centros de trabajo y de franja, a la eventual concurrencia entre las diversas unidades negociales de ámbito empresarial o inferior, o entre estas últimas y los convenios sectoriales <sup>319</sup>.

---

<sup>318</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 168/2013, de fecha 25 de septiembre de 2013, en recurso 233/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana García, F.J. 3º : *Esta Sala, recientemente, se ha pronunciado sobre el tema en las SAN de 11 y 16 de septiembre de 2013 ( Rec. 219 y 314/2013 ). Razonando que la publicación del Convenio Colectivo en el BOE y la consideración del Convenio como propio de una empresa con centros de trabajo en todo el territorio nacional está permitiendo a la empresa aplicar un Convenio Colectivo, que debía estar publicado en el Boletín Oficial Provincial o Autonómico, a los contratos laborales que suscribe a lo largo de todo el territorio nacional. Lo cual es, cuando menos dudoso - STSJ de Castilla-León (Burgos) de 25 de abril de 2013 (Rec. 195/2013 )- en aplicación del criterio " lex loci laboris" - STS de 13 de junio de 2012 (Rec. 1337/2011 )-. En definitiva, entendemos que para pactar un Convenio Colectivo de Empresa de ámbito territorial estatal es preciso que la empresa tenga centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma; y, en este último caso y conforme a la doctrina sentada por la STS de 7 de marzo de 2012 (Rec. 37/2011 )-, en la negociación deben participar los representantes de los trabajadores de dichos centros. Precisamente la doctrina contenida en esta última sentencia, acogida por esta Sala en su SAN de 24 de abril de 2013 (Rec. 79/2013 ), nos invita a declarar la nulidad del Convenio Colectivo impugnado."*

<sup>319</sup> En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: "Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo", Ponencia a la XXVII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, Madrid, 10 de diciembre de 2014, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, p. 21 señala: *"Más allá de argumentaciones sistemáticas y gramaticales que aboguen por un concepto amplio del término empresa en línea con la utilización habitual del mismo por nuestra legislación laboral, de forma más contundente cabría argumentar que el diseño del legislador descansa sobre un dualidad negociadora focalizada en el nivel sectorial y en un nivel inferior, denominado de empresa, pero en el que incluye todas las variantes de unidades negociales de ámbito inferior al sectorial y, por tanto, comprensivas del convenio de centro de trabajo y del convenio de franja. Desde otro punto de vista, también podríamos plantearnos si se ha producido una nueva configuración de las relaciones, hasta ahora gobernadas por el principio de no afectación temporal, entre los convenios colectivos de empresa en sentido estricto (o grupo o pluralidad de empresas) y los convenios colectivos de ámbito inferior. Se trata de una cuestión no abordada expresamente por la reforma, a la que parece resultarle un asunto menor pero que, dada la composición de nuestro tejido empresarial y apuesta decida de la norma por la negociación a nivel de empresa, pudiera dar lugar a problemas no escasos. Las situaciones de concurrencia a tales efectos pueden ser varias: convenio de empresa versus convenio de grupo; convenio de empresa versus convenio de centro de trabajo; convenio de empresa versus convenio de franja; convenio de grupo versus convenio de centro de trabajo; convenio de grupo versus convenio de franja; convenio de centro de trabajo versus convenio de franja. A nuestro juicio, parece que la respuesta y solución que ha de darse a tales situaciones conflictivas es la de que su resolución descansa en la aplicación del principio general de no afectación temporal, si bien mucho más discutida podría ser la regla aplicable a la concurrencia una vez finalizado el convenio prior in tempore, pues aunque al no existir regla precisa en el título terceto ET lo razonable es pensar en la aplicación del principio de norma más favorable no es seguro que este sea el que se esté aplicando en la práctica sino que sea la regla de la especialidad. Sin olvidar, eso sí que la negociación colectiva podría establecer reglas específicas para solventar estas situaciones de concurrencia convencional."*

En tercer lugar, como quiera que nos encontramos ante una norma de derecho necesario absoluto indisponible para las partes negociadoras, en lo que se refiere a los convenios negociados antes de la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 la regulación contradictoria con la nueva preferencia aplicativa chocaría con la doctrina constitucional que reconoce la incidencia inmediata de la Ley sobre el convenio colectivo en vigor. En este sentido, pese a que se pudiera producir una alteración del equilibrio interno del convenio, esa alteración no podría tener la consecuencia de la inaplicación de la Ley sino la de la readaptación del convenio al nuevo contexto legal <sup>320</sup>. En esta interpretación, la cláusula disponiendo de la preferencia aplicativa, aún negociada antes de la entrada en vigor de la reforma del 2012, se entendería *contra legem*.

### **2.2.2.- Diferencias entre la figura del descuelgue y la de la preferencia aplicativa del convenio de empresa**

Tanto en la institución de la preferencia aplicativa del convenio de empresa como en la del descuelgue de convenio colectivo nos encontramos como venimos afirmando ante dos instituciones pertenecientes al género de la negociación colectiva que se presentan como normas especiales de concurrencia entre productos de la autonomía colectiva <sup>321</sup>. Entre convenios colectivos, en el supuesto del art. 84.2 ET, entre convenio colectivo y acuerdo de empresa, en el supuesto de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio ex art. 82.3 ET.

Tanto en uno como en otro supuesto, el legislador excepciona a través de estos singulares mecanismos la eficacia vinculante del convenio colectivo.

Ahora bien, configuradas por el legislador como mecanismos para la adaptación de las condiciones de trabajo en el ámbito de la empresa, y siendo cierto que presentan evidentes similitudes en cuanto potencian dicho ámbito de negociación, una y otra figura no resultan equiparables, ni en sus exigencias, ni en sus procedimientos.

---

<sup>320</sup> MERCADER UGUINA, J.: “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en GARCÍA-PERROTE. I Y MERCADER, J. (dirs.), *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 376 y 377, refiriéndose a STC 210/1990, expresamente señala que “La nueva redacción del artículo 84.2 ET con el establecimiento de un principio de reserva material del convenio de empresa determina la inmediata pérdida de efectividad de las citadas cláusulas, que dejan de estar operativas en el mismo instante de la entrada en vigor del RD-L, sin necesidad de que haya que esperar a que termine el período de vigencia natural del Convenio colectivo. Y ello porque el convenio colectivo está sometido jerárquicamente a la la ley, de modo que cuando la prohibición que ésta establece es clara y evidente, como ocurre en este caso, también en consecuencia la contradicción del Convenio con ella, el efecto derogatorio debe entenderse producido en el mismo momento de la entrada en vigor de la ley, sin aplazamiento ninguno hasta el término de la vigencia del convenio”

<sup>321</sup> ROQUETA BUJ, R.: “La modificación de las condiciones de trabajo”, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 44: “En ambos supuestos, nos encontramos ante una norma especial de concurrencia de regulaciones colectivas, que otorga a los convenios o acuerdos de empresa preferencia aplicativa sobre los convenios de sector.”

Es por ello que, una vez analizada la naturaleza jurídica de una y otra, resulta necesario identificar los puntos de divergencia entre una y otra institución.

En primer lugar, existe una diferencia fundamental entre ambas instituciones. Mientras que en el supuesto de la preferencia aplicativa del convenio de empresa *ex art.* 84.2 ET la institución se inserta en el sistema general de ordenación de la negociación colectiva, en el del art. 82.3 ET no se trata de una materia de la que se predique tal condición <sup>322</sup>. En la inaplicación no se crea una nueva unidad de negociación en cuanto tal, pactándose simplemente unas nuevas condiciones de aplicación transitoria en la empresa pero sin apartarse de la unidad de negociación propia del convenio inaplicado <sup>323</sup>.

En segundo término, y en este sentido es una consecuencia de lo anterior, la preferencia aplicativa del convenio de empresa se configura en la norma como un instrumento de regulación permanente, a diferencia del acuerdo de inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo, que por definición va a tener una duración temporal y limitada como mucho a la duración del convenio <sup>324</sup>. Nos ocuparemos de analizar en detalle las peculiaridades en cuanto a su duración en el Capítulo correspondiente al Acuerdo de descuelgue. Precisamente por ello, se apunta que el descuelgue se va a constituir en germen de futuras nuevas unidades de negociación empresarial <sup>325</sup>. Afirmación ésta última con la que no nos mostramos tan de acuerdo desde la perspectiva de que gran parte de los descuelgues se acuerdan con representaciones *ad hoc* y, sobre todo, por responder ambas instituciones a diferentes finalidades.

En tercer lugar, la inaplicación del convenio colectivo está sometida a presupuesto causal habilitante <sup>326</sup>, excepcionalidad que no resulta necesaria para instar la negociación de un

---

<sup>322</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p. 183.

<sup>323</sup> DEL REY GUANTER, S.: “Los principios de ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 8

<sup>324</sup> En este sentido, NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 30 o DEL REY GUANTER, S.: “Los principios de ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 8: “Además, otra diferencia es que la situación contemplada en el art. 82.3 ET es temporal -por el resto de la vigencia del convenio superior- mientras que la nueva unidad de negociación colectiva creada en virtud del art. 84.2 ET no está determinada temporalmente de inicio, dejándose ello a la voluntad de las partes.”

<sup>325</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo”, Ponencia a la XXVII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, Madrid, 10 de diciembre de 2014, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, p. 34.

<sup>326</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 401 o NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 30. En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S.: “Los principios de ordenación de

convenio colectivo de empresa aún encontrándose vigente un determinado convenio supraempresarial. En este sentido, existe en ocasiones cierta tendencia a equiparar ambas instituciones obviando la naturaleza excepcional del descuelgue, cuando, en estos términos, una y otra institución responden a finalidades diferentes <sup>327</sup>. Como se ha señalado, *“La diferencia entre el descuelgue empresarial y la regla de preferencia aplicativa del art. 84.2 ET radica en que, en este caso, no se precisa una situación crítica ni siquiera preventiva para la empresa, es decir, que la regla está prevista para situaciones de plena normalidad, sin necesidad de que concurra causa alguna.”* <sup>328</sup>. Sin presupuesto causal habilitante no puede haber descuelgue al encontrarnos ante una institución excepcional, prohibiendo expresamente la norma la suscripción de un acuerdo efectuado en fraude de ley, situación fraudulenta en la que a nuestro juicio se incardinaría sin mayor dificultad la de la concertación de un acuerdo de inaplicación sin el presupuesto causal habilitante, lo analizaremos en el Capítulo correspondiente a las causas.

En cuarto lugar, existen diferencias en cuanto a las materias negociables en uno y otro supuesto. No todas las materias que pueden verse afectadas por la vía del descuelgue de convenio colectivo cuando se negocian en un convenio de empresa gozan de preferencia aplicativa ex art. 84.2 ET, por ejemplo, sistema de trabajo y rendimiento, mejoras voluntarias de la Seguridad Social y aspectos funcionales que no tengan que ver con el sistema de clasificación profesional <sup>329</sup>. Al margen de que dentro del listado de materias del art. 84.2 ET es

---

la estructura de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 8: *“Además, y ello también es una importante diferencia, la creación del convenio que requiere el art. 84.2 ET no requiere causa alguna, lo cual sí se exige, y con gran trascendencia, en el ámbito del art. 82.3 ET”*”

<sup>327</sup> Ejemplo palpable de esta confusión, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 28 (2012), p. 36, cuando se refiere a la materia modificable ex art. 84.2 ET de “a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa”: en este sentido, el autor con evidente confusión entiende que *“En la práctica esta será una alternativa a la inaplicación de las condiciones relativas a la cuantía salarial. De hecho, parecería que mientras que lo previsto por el art. 84.2 ET se reservaría para aquéllos supuestos en los que el salario lo fija un convenio sectorial de aplicación en la empresa, la modificación sustancial colectiva en materia de salario se reservaría para los casos en que el convenio que pretende inaplicarse es el propio convenio de empresa”*. No tiene nada que ver, es más, habrá ocasiones, las más, en las que no existirá interlocución hábil para negociar el convenio de empresa, lo que de por sí es la muestra más concluyente del error en la interpretación, que por otra parte resulta bastante habitual.

<sup>328</sup> OLARTE ENCABO, S.: “Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9/2014, parte La reforma laboral, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014, p. 6

<sup>329</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 401. CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*. nº 57, enero-marzo, año 2012, p. 237; si se efectúa una comparación en paralelo, *“se aprecian importantes coincidencias, especialmente en materia salarial, de tiempo de trabajo y encuadramiento profesional. Pero en igual medida importantes disparidades; disparidades que se producen en la doble dirección de condiciones que exclusivamente aparecen en la normativa sobre descuelgues (mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social), como de materias que tan solo figuran en la preferencia aplicativa del convenio de empresa (modalidades contractuales y conciliación). La lógica de uno y otro precepto y sobre todo el*

posible diferenciar entre aquéllas que permiten una regulación plena e incondicionada y otras sobre las que se ampara, únicamente, una regulación adaptativa por el convenio de empresa

330

En este sentido, excluir del ámbito de la preferencia aplicativa del convenio de empresa dos materias extraordinariamente importantes como la jornada de trabajo o las mejoras de Seguridad Social, que sí se permiten negociar en el supuesto del descuelgue, supone para determinada doctrina una incoherencia cuyo resultado carece de sentido<sup>331</sup>. No obstante, esta circunstancia confirma a nuestro juicio la diferente naturaleza de una y otra institución, pues es muy posible que el legislador piense que modificar la jornada pactada en convenio, o la materia de las mejoras de Seguridad Social, por poner dos ejemplos, sin la necesaria excepcionalidad del presupuesto causal, no encaje con el modelo de eficacia del convenio que se pretende, volvemos a incidir a estos efectos en la naturaleza temporal de la inaplicación.

En quinto lugar, en el supuesto de ausencia de representación legal de los trabajadores, la norma habilitada para la negociación de los descuelgues a determinadas comisiones de trabajadores o sindicales *ad hoc* que, por el contrario, no van a poder constituirse en interlocutores válidos para la negociación de un convenio colectivo de empresa ex art. 84.2 ET. Nos ocupamos expresamente de su estudio en el Capítulo dedicado al procedimiento. En esta tesitura, la negociación colectiva de empresa va a ser un camino difícil de recorrer para muchas empresas por problemas estructurales, -de falta de interlocución legal-, y económicos, -derivados de los importantes costes de la negociación-<sup>332</sup>.

En sexto lugar, el procedimiento de negociación no es el mismo en uno y otro supuesto. Así, en la negociación del descuelgue no van a resultar de aplicación las reglas de los arts. 88 y 89 ET al

---

*arrate histórico de las perspectivas con las que se introducen esta (s) materia en cada momento pueden ser las que provoquen tales disparidades, a pesar de que en cierto modo no dejan de resultar incomprensibles ciertas diferencias de tratamiento al respecto"*

<sup>330</sup> MERCADER UGUINA, J.: "La estructura y articulación de la negociación colectiva", en *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, RAMOS QUINTANA, M<sup>a</sup>. I. (Dir.), GRAU PINEDA M<sup>a</sup>. (Coord.), Editorial Bonarzo, Albacete, 1<sup>a</sup> Edición, Diciembre 2013, p. 71.

<sup>331</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 44.

<sup>332</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 44, 84.2 y y 82.3 ET comparten finalidad pero "el camino del 84.2 ET puede ser más arduo para la empresa que el del 82.3 ET. Es verdad que la inaplicación del convenio tiene requisitos causales y procedimentales. Pero no es menos cierto que la negociación empresarial resultará un camino difícil de recorrer en muchos casos. Aparte de que se trata de una vía que no se encuentra de hecho abierta para todas las empresas por problemas estructurales -inexistencia de representación de los trabajadores- y económicos -ya que los costes de la negociación de un convenio requieren una organización de cierta entidad-", p. 45. En esta línea, OLARTE ENCABO, S.: "Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues", Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9/2014, parte La reforma laboral, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014, p. 6 y 7 o CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo", en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 401.



no requerirse el cumplimiento de las formalidades previstas para los convenios estatutarios<sup>333</sup>, regulándose el procedimiento de inaplicación exclusivamente por lo prevenido en el propio art. 82.3 ET en relación con lo dispuesto en el art. 41.4 ET. A mayor abundamiento, el deber de negociación de buena fe que se impone *ex lege* a las partes negociadoras en la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo, no es tal en el supuesto de la preferencia aplicativa en la negociación del convenio de empresa<sup>334</sup>. En este sentido, hemos apuntado líneas arriba cómo sólo previa conformidad de ambas partes es posible abrir una nueva unidad de negociación. Precisamente es éste el argumento fundamental sobre el que el Tribunal Constitucional apoya la desestimación de la inconstitucionalidad de la medida del art. 84.2 ET en su Sentencia en recurso de inconstitucionalidad 5603/2012 en el sentido de que este precepto *“no impone una determinada unidad de negociación y, por tanto, no impide seguir negociando convenios colectivos sectoriales”*. Por el contrario, las obligaciones de negociación de buena fe resultan muy exigentes para el supuesto de la inaplicación en cuanto alternativa a la extinción de los contratos, nos remitimos expresamente al Capítulo del Procedimiento en el que se dedica un epígrafe expreso a la cuestión de la obligación de negociar de buena fe.

En séptimo lugar, los procedimientos para la solución de las discrepancias en la negociación no son los mismos en uno y otro supuesto<sup>335</sup>. Mientras que para el de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo el legislador prevé, al margen de la posibilidad de regulación del procedimiento en el convenio ex art. 85.3 c) ET, toda una batería de medidas en la denominada “gestión del desacuerdo”, incluida una posible intervención heterónoma de la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos u órgano equivalente de Comunidad Autónoma, en la negociación del convenio colectivo la solución de la posible

---

<sup>333</sup> ROQUETA BUJ, R.: “La modificación de las condiciones de trabajo”, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 44 y 45

<sup>334</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 40. Para este autor, la previsión del 84.2 ET incorporada en el trámite de enmiendas *“podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior”*, *“creo que no supone la existencia de un derecho a abrir unidades de negociación empresariales ni tampoco específicas obligaciones de negociar en este ámbito”*. Para GOERLICH, los supuestos en los que aparece el deber de negociar ex art. 89 ET no han sido afectados por la reforma de 2012; si a ello se añade el uso del potestativo *“podrán”*, *“se ha de llegar forzosamente a la conclusión de que, incluso tras la introducción de este precepto, una parte no puede obligar a la otra a abrir la unidad empresarial. O si se prefiere que ésta sólo puede abrirse de común acuerdo entre las partes”*. MERINO SEGOVIA, A.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, p. 257, *“La preferencia del convenio de empresa en la ordenación de las materias listadas en el art. 84.2 ET no conlleva la obligación de crear nuevas unidades de negociación en empresas desprovistas de convenio colectivo propio”*... “El derecho constitucional a la negociación colectiva no comporta el derecho a decidir libre y separadamente, por una de las partes, la unidad de negociación, forzando a la contraparte a admitirla”, refiere la autora STS de 28 de octubre de 2003. En sentido contrario, NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 26, la mención que se efectúa al art. 84 en el art. 89.1 párr. 2º *“no tiene otro sentido que el de afirmar dicho deber por no aplicarse el principio de no afectación para niveles negociales inferiores”*.

<sup>335</sup> ROQUETA BUJ, R.: “La modificación de las condiciones de trabajo”, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 45.

discrepancia en la negociación no pasa de la intervención ante los órganos bipartitos creados ex art. 83 ET y en los términos que se pacten, en una solución bastante menos incisiva desde la perspectiva de la autonomía colectiva que la prevista en el anterior Real Decreto Ley 7/2011.

Para terminar con el análisis de las diferencias entre una y otra figura, existe una última que a nuestro juicio abunda en la diferente conceptualización de ambas figuras. En la negociación del convenio de empresa, la norma única y exclusivamente está regulando una preferencia legal en la aplicación entre convenios concurrentes, lo que no quiere decir que antes de esta previsión legal no fuera posible la negociación de un convenio colectivo de empresa vigente un convenio de ámbito supraempresarial. En este sentido, no es discutible la posibilidad de negociación de convenios de ámbito inferior vigente un convenio supraempresarial: el convenio negociado sería perfectamente válido, nunca nulo, con el efecto de su ineficacia aplicativa temporal<sup>336</sup>, pudiendo pasar a ocupar la posición del anterior convenio desde el momento en que la duración de éste finalizara siempre que no se mantuviera la unidad de negociación<sup>337</sup>.

Por el contrario, no creemos que antes de la previsión expresa en el art. 82.3 ET hubiera sido posible instar un descuelgue de convenio, al menos en lo que se refiere al descuelgue de convenio supraempresarial, desde la perspectiva de que se habría vulnerado la eficacia vinculante del convenio sin la necesaria habilitación legal. Y ello por mucho que hubiera existido disposición de las partes legitimadas para la negociación en el ámbito de la empresa. En lo que concierne al supuesto del “autodescuelgue”, creemos que tampoco habría sido

---

<sup>336</sup> En este sentido, por todas, Sentencia de fecha 8 junio, en recurso de casación núm. 100/2004, F.J. 7º: “SÉPTIMO.- Ahora bien, como ya señalábamos en la Sentencia de 31-10-03 ( RJ 2004, 589) (rec. 117/2002), el efecto derivado de la prohibición de concurrencia no debe ser la nulidad del convenio colectivo invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal. Ello obedece a que **el art. 84.1 ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por el hecho de que su espacio esté ya ocupado por otro anterior**. Al contrario, de su literalidad se desprende claramente que su punto de partida es la existencia de dos convenios válidamente negociados que coinciden en el tiempo. Y el precepto se limita a establecer una regla de solución de conflictos que, al otorgar preferencia aplicativa al convenio anterior, esta también indicando de modo implícito que **la situación en que queda el invasor es la de «ineficacia aplicativa»**, como declaró esta Sala en sus ss. de 27-3-00 ( RJ 2000, 4794) (rec. 2497/99), 5-6-01 ( RJ 2001, 5488) (rec. 2160/00), 17-7-02 ( RJ 2002, 10542) (rec. 4859/00), y 31-10-03 ( RJ 2004, 589) (rec. 17/02) o de «mera inaplicabilidad» ( s. 5-6-01 [ RJ 2001, 5488] , rec. 2160/00)». «Consecuencia lógica de lo dicho es que no cabe anular un convenio colectivo posterior válidamente negociado, por el hecho de que afecte o invada a otro anterior. La sanción máxima de nulidad, ya sea total o parcial, debe quedar reservada a los supuestos de convenios pactados incumpliendo las previsiones de contenido mínimo del art. 85.2 ET, o las reglas que disciplinan la negociación colectiva estatutaria (arts. 87 a 89 ET), o que conculquen normas sustantivas de derecho necesario absoluto, únicas que prevalecen sobre las pactadas, de acuerdo con la reiterada y sobradamente conocida jurisprudencia constitucional y ordinaria que interpreta el art. 85.1 ET; en definitiva, para los convenios colectivos que nacen ya con los vicios expuestos. Para los que presentan defectos posteriores que dependen de una circunstancia tan aleatoria y ajena a la voluntad de sus negociadores como es la vigencia de un convenio anterior, cuya existencia puede ser incluso desconocida para aquellos, será suficiente, para alcanzar el objetivo previsto por el art. 84, con declarar su inaplicación temporal, total o parcial, mientras mantenga su vigencia el convenio invadido».” (Negrita del que suscribe)

<sup>337</sup> MERINO SEGOVIA, A.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, p. 253.

posible la negociación sin la voluntad concurrente de ambas partes, lo que no sucede ahora por la exigencia de la buena fe comercial.

## **CAPÍTULO II.- CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS SUSCEPTIBLES DE INAPLICACIÓN EX ART. 82.3 ET**

Nos ocupamos en el presente Capítulo de analizar la aplicabilidad de la figura legal del descuelgue desde una doble perspectiva, primero, en función de la naturaleza jurídica del producto de la autonomía colectiva susceptible de inaplicación, en segundo término, desde la perspectiva del ámbito de aplicación del convenio.

### **1.-APLICABILIDAD DE LA INSTITUCIÓN DEL DESCUELGUE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PRODUCTO RESULTANTE DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA**

#### **1.1.- Aplicabilidad de la institución del art. 82.3 ET a los convenios colectivos estatutarios**

En una aproximación al régimen jurídico del descuelgue, artículo 41.6 del ET <sup>338</sup> en relación con lo previsto en el artículo 82.3 del mismo cuerpo legal <sup>339</sup>, la primera conclusión es la de que nos encontramos ante una institución prevista por el legislador para los supuestos de inaplicaciones de condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos estatutarios <sup>340</sup>.

En este sentido, el legislador diferencia por naturaleza del producto de la autonomía colectiva objeto de inaplicación y no por ámbito del convenio <sup>341</sup>, abundando tras el encaje sistemático de la institución en el Título III en la tradicional diferenciación entre convenios estatutarios y el resto de acuerdos o pactos colectivos <sup>342</sup>. De este modo, se establece en la norma una especie

---

<sup>338</sup> Art. 41.6 ET en su vigente redacción por el número Uno del art. 12 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, B.O.E. de 7 de julio: *“La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3.”*

<sup>339</sup> Número 3 del artículo 82 redactado por el apartado cinco del artículo 9 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, B.O.E. de 1 marzo: *“Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre empresa y los representantes legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4 ET, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias: ...”*

<sup>340</sup> MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: *“Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012”*, Aranzadi Social núm. 9/2013 (informes), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2013\14, p. 4: el art. 82.3 ET exclusivamente a los convenios estatutarios regulados en el Título III, *“remarcándolo así el art. 41.6 del ET”*, el resto, acuerdos o pactos colectivos de empresa, por el 41 ET.

<sup>341</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: *“Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”*, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 27 a 30.

<sup>342</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 77 y ss: *“ El art. 82.3 presupone la tradicional diferenciación entre los convenios negociados conforme al Título III ET y los restantes acuerdos o pactos colectivos: sólo los primeros entran en el ámbito de aplicación del precepto; la eventual inaplicación de acuerdos y pactos, que incluyen a los llamados convenios extraestatutarios, quedan sujetos a la regulación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”. “Es cierto que el art. 82.3 ET se refiere simplemente al “convenio colectivo. Pero no lo es menos que en atención a la evolución normativa, a su ubicación en el Título III y, sobre todo, la clara diferenciación entre unos y otros productos de la autonomía colectiva que se contiene en el art. 41, apartados 2 y 6, es obvio que el*

de “*frontera radical*” entre los supuestos de inaplicación del convenio estatutario y los de modificación del resto de acuerdos o pactos colectivos<sup>343</sup>.

La regulación legal despliega por tanto un alcance “*exclusivo y excluyente*”, quedando fuera de su ámbito de imputación normativa las modificaciones de condiciones contenidas en convenios colectivos extraestatutarios o de eficacia limitada así como en el resto de acuerdos o pactos colectivos<sup>344</sup>, que se encontrarán sometidos, en su caso, al procedimiento estipulado en el art. 41 del ET previsto para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo<sup>345</sup>.

En esta lectura de la norma, los acuerdos o pactos colectivos que no tuvieran la condición de convenio colectivo estatutario, podrán ser modificados por decisión unilateral del empresario<sup>346</sup>, siempre previa tramitación del procedimiento legal al efecto. Procedimiento que se presenta en la norma con evidentes diferencias con respecto al previsto para la institución del descuelgue<sup>347</sup>, entre otras, siempre colectivo para la inaplicación con independencia de la

---

*precepto se refiere exclusivamente a los convenios colectivos negociados de acuerdo a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores”*

<sup>343</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 19.

<sup>344</sup> En este sentido, la jurisprudencia constitucional y ordinaria de manera recurrente se inclina por una conceptualización amplia de lo que denomina como acuerdos o pactos colectivos de “eficacia limitada” o “extraestatutarios”, expresión bajo la que parece que deberían incardinarse tanto los convenios colectivos “extraestatutarios” propiamente dichos, como el resto de acuerdos o pactos colectivos aún estando previstos en el propio ET, incluidos los acuerdos de empresa previstos a lo largo de su articulado, entre otros, los acuerdos subsidiarios o de regulación. En esta tesitura, en aras de la seguridad jurídica, hubiera sido bien recibida una mayor precisión al respecto de lo que debe entenderse por esos acuerdos o pactos colectivos de “eficacia limitada” o “extraestatutarios” a los que se refieren tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo desde la perspectiva de que es la propia norma estatutaria la que establece la posibilidad de negociar múltiples acuerdos colectivos tan “estatutarios” como el convenio colectivo regulado en el Título III.

<sup>345</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 160 y 161: “En la regulación vigente, en suma, el art. 82.3 ET despliega un alcance exclusivo y excluyente... En consecuencia y en una interpretación a contrario, quedan fuera de su ámbito de imputación normativa las modificaciones de las condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos extraestatutarios o de eficacia limitada así como en acuerdos colectivos, sometidas a las condiciones y procedimientos previstos en el art. 41 ET”

<sup>346</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 44.

<sup>347</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 19 y 27 a 30, apunta las notables diferencias entre los procedimientos del art. 41 y 82.3 ET; por ejemplo, en materias modificables, la lista es abierta; por ejemplo, en cuanto a las causas, el estilo de redacción es completamente diferente, con fórmulas más generales en el art. 41 que acaban dando el protagonismo a los jueces; en materia de constatación de las causas, en el 41 es fundamental, dada la unilateralidad y control judicial, no así en el 82.3 ET, dada la exigencia de acuerdo; en cuanto al procedimiento, en el 82.3 se habla de negociación, en el 41 de consulta, siendo la regulación de uno y otro coherentes con esta diferente naturaleza.

afectación cuantitativa de la medida <sup>348</sup>, o necesidad de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores <sup>349</sup>.

En este sentido, algunos comentaristas de la reforma laboral del 2012 venían apuntando que la posibilidad de modificar unilateralmente productos de la autonomía colectiva por la vía del art. 41 ET podría vulnerar la fuerza vinculante de los convenios garantizada constitucionalmente ex art. 37 CE <sup>350</sup>, habiéndose incluso planteado recurso de inconstitucionalidad contra esta previsión legal <sup>351</sup>.

En sentido contrario, para otro sector doctrinal se descartaba la inconstitucionalidad sobre la premisa de la jurisprudencia del Supremo que otorga exclusivamente eficacia personal general

---

<sup>348</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*. nº 57, enero-marzo, año 2012, p. 234 y 235: “*Dicho de otro modo, en ningún caso se aplican los umbrales cuantitativos del art. 41 ET, de modo que aunque se pretenda una inaplicación parcial por afectar a un número reducido de trabajadores dentro de la empresa, siempre y en todo caso se deberá ello tramitar a través del procedimiento del art. 82.3 ET*”

<sup>349</sup> Salvedad hecha de la posible decisión unilateral mediante decisión en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano de comunidad autónoma equivalente ex art. 82.3 párr. 81 ET, intervención subsidiaria y de último grado en una potestativa cuarta fase en la gestión del desacuerdo instaurada tras reforma laboral del 2012 y que tratamos en Capítulo expreso.

<sup>350</sup> Para CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social* nº 57, enero-marzo, año 2012, p. 232 permitir que la inaplicación de lo pactado se produzca por voluntad unilateral del empleador, con amplia superación del principio civil de que el cumplimiento de los contratos no puede quedar a voluntad de una de las partes y, sobre todo, contraviniendo el principio laboral de garantía del *pacta sunt servanda* colectivo, no garantiza el respeto a la fuerza vinculante de los convenios garantizada constitucionalmente ex art. 37 CE: “*En la medida en que esa garantía de fuerza vinculante no se puede restringir en exclusiva a los convenios colectivos estatutarios, sino que es una regla de alcance constitucional a favor del conjunto de los convenios colectivos celebrados entre los representantes de los trabajadores y empresarios, se vulnera el mandato constitucional cuando se habilita un procedimiento fácil y de muy escasa limitación que desemboca en facultad al empleador*”. En esta línea, MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup>. L.: “Régimen jurídico de los acuerdos concursales”, en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1<sup>a</sup> Ed., febrero 2008, La Ley grupo Wolters Kluwer, p. 742, “*si se parte de la convicción de que los convenios colectivos en su integridad ostentan una eficacia jurídica inderogable y automática que deriva directamente de la propia garantía de la fuerza vinculante reconocida en la CE y que resulta aplicable a cualquier manifestación de la negociación colectiva libremente concertada entre representantes de los trabajadores y de los empresarios*”. También SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, año 2012, p. 134 y 135 o

<sup>351</sup> Recurso de inconstitucionalidad planteado por el Grupo Parlamentario PSOE y por la Izquierda Plural contra el artículo 12. Uno de la Ley 3/2012, de 6 de julio, al entender los recurrentes que permitir la modificación por la vía del art. 41 ET de todos los productos de la autonomía colectiva con excepción del convenio estatutario supone una vulneración de lo prevenido en los artículos 37.1, 28.1 y 24 de la Constitución desde la perspectiva de que es el empleador el que decide libremente con el simple requisito de un sometimiento a un período de consultas con los representantes de los trabajadores, vulnerando con ello la fuerza vinculante de estos productos negociales. Del mismo modo, se entiende que la enorme amplitud en la definición de las causas justificativas para proceder a la modificación de los acuerdos o pactos colectivos conduce a la doble conclusión, primero, de la pérdida de la excepcionalidad de la institución, segundo, de la imposibilidad de control judicial dada la laxitud de las causas justificativas.

y jurídica normativa al producto de la autonomía colectiva en la más alta de sus manifestaciones, esto es, al convenio estatutario <sup>352</sup>, no pudiendo negarse la existencia de un margen al legislador ordinario a la hora de graduar la fuerza vinculante de los diferentes productos de la autonomía colectiva <sup>353</sup>.

En todo caso, el debate ha quedado cerrado desde la perspectiva constitucional tras la publicación de Sentencia del Tribunal Constitucional en enero de 2015 resolviendo el mencionado recurso de inconstitucionalidad <sup>354</sup>.

En consecuencia, el Pleno del Constitucional parte de la premisa de que la posibilidad de modificación unilateral por el empresario de acuerdos colectivos lo es en exclusiva para los que el Tribunal califica como acuerdos o pactos colectivos de “eficacia limitada” o “extraestatutarios”, esto es, “los celebrados al margen de la específica regulación contenida en el título III del estatuto de los trabajadores sobre los convenios colectivos (conocidos como convenios «estatutarios»)”. Sentado lo anterior, el Alto Tribunal sentencia el pleno encaje constitucional de una opción legislativa en la que se reconoce un “plus de eficacia” tan solo al convenio negociado cumpliendo las exigencias subjetivas, objetivas y procedimentales impuestas en el Título III del ET, -modelo abierto de relaciones laborales-. Desde esta perspectiva, el resto de acuerdos o pactos colectivos de eficacia limitada gozarán de una eficacia limitada, rigiéndose por la regla general del derecho común en materia de contratos.

---

<sup>352</sup> ROQUETA BUJ, R.: “La modificación de las condiciones de trabajo”, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 40 y 41: el procedimiento del art. 41 ET “no supone un atentado al derecho a la negociación colectiva” en la medida en que el convenio colectivo extraestatutario carece, por una parte, de eficacia personal general, por otra, tampoco tiene eficacia normativa, “sino meramente contractual, en la medida en que la fuerza vinculante que garantiza el art. 37.1 de la Constitución Española puede ser tanto la que para los contratos establece el art. 1.091 del Código Civil, como la propia de las normas jurídicas que se deriva de las disposiciones generales del citado Código, y el ET ha optado por reservar este tipo de eficacia a los convenios negociados cumpliendo las exigencias del Título III en cuanto a la representatividad de los negociadores, el procedimiento de negociación y la publicidad, pues la eficacia normativa no es algo que pueda dejarse al margen de unas garantías mínimas”, alude en este último sentido a STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2008, (Rec. Nº 13/2007) y STSJ Comunidad Valenciana de 29 de septiembre de 2009 (Rec. Nº 2282/2009)

<sup>353</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 78 y 79: “no puede negarse la existencia de un margen al legislador ordinario en la concreción de los diferentes términos utilizados por el art. 37.1 ET. La “fuerza vinculante”, en otras palabras, puede ser graduada según las circunstancias, siendo más o menos intensa en atención a ello. Este planteamiento se encuentra, sin duda, en la base de la jurisprudencia del TS que, aun admitiendo el fundamento constitucional de los acuerdos y pactos extraestatutarios, ha admitido reiteradamente que “la fuerza vinculante que garantiza el artículo 37.1 de la Constitución puede ser tanto la que para los contratos establece el artículo 1091 del Código Civil, como la propia de las normas jurídicas que se deriva de las disposiciones generales del citado Código”. En similares términos, MERCADER UGUINA, J.: “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en GARCÍA-PERROTE. I Y MERCADER, J. (dirs.), *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 424.

<sup>354</sup> Sentencia número 8/2015 dictada en fecha 22 de enero de 2015 por el Pleno del Tribunal Constitucional en recurso de inconstitucionalidad número 5610/2012, Ponente Encarnación Roca Trías.

Aún reconociendo que la fuerza vinculante del art. 37 CE resulta aplicable tanto a los convenios colectivos estatutarios como a los extraestatutarios, el máximo intérprete constitucional concluye que la injerencia del legislador en esa fuerza vinculante, al permitir su modificación por la vía del art. 41 ET, cuenta en todo caso con una justificación razonable y proporcionada al fin perseguido, resultando en todo caso adecuada, idónea y proporcional a la vista del “diálogo” que el Alto Tribunal establece entre el derecho a la negociación colectiva ex art. 37 CE y el derecho al trabajo ex art. 35 CE, a la adopción de una política orientada al pleno empleo ex art. 40.1 CE y a la libertad de empresa y la defensa de la productividad ex art. 38 CE

<sup>355</sup>

La lectura efectuada por el Tribunal Constitucional no es ni mucho menos novedosa, resultando absolutamente congruente con la jurisprudencia emanada de manera sistemática desde la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a propósito de la diferente naturaleza de los acuerdos o pactos colectivos “extraestatutarios” y de los convenios colectivos “estatutarios”.

En este debate, el Tribunal Supremo viene reservando exclusivamente eficacia personal general y jurídica normativa al convenio colectivo negociado cumpliendo las exigencias del Título III. Otorgando eficacia contractual al resto de los productos de la autonomía colectiva negociados al margen de los requisitos de representatividad de los negociadores, procedimiento de negociación y publicidad, *“pues la eficacia normativa no es algo que pueda dejarse al margen de unas garantías mínimas”*, matizando a mayor abundamiento *“que la fuerza vinculante que garantiza el artículo 37.1 de la Constitución puede ser tanto la que para los contratos establece el artículo 1091 del Código Civil, como la propia de las normas jurídicas que se deriva de las disposiciones generales del citado Código”* <sup>356</sup>.

Siendo así, la posibilidad de modificación unilateral de los acuerdos o pactos colectivos por la vía del art. 41 ET no resulta discutible hasta la fecha en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la vista de su eficacia contractual, opción legal ésta que por otra parte no constituye una novedad en la reforma del 2012 pues se remonta a la reforma laboral de 1994 <sup>357</sup>. En este sentido se pronuncia igualmente el Tribunal Constitucional en su sentencia de enero de 2015.

---

<sup>355</sup> En este sentido, a nuestro juicio el reconocimiento de la “injerencia” en la fuerza vinculante del producto de la autonomía colectiva en el supuesto de los acuerdos o pactos colectivos confirma la interpretación en el sentido de que fuerza vinculante no es equivalente a eficacia jurídica normativa, quedando reservada esta sólo para el producto de la autonomía colectiva en la más alta de sus manifestaciones, el convenio estatutario.

<sup>356</sup> F.J. 3º *in fine* en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en recurso de casación para la unificación de doctrina número 538/2008, de 12 de diciembre de 2008, Ponente Desdentado Bonete.

<sup>357</sup> En este sentido, se apunta la paradoja de que sea precisamente quien introdujo la previsión legal de posibilidad de modificación unilateral de las condiciones de trabajo pactadas en acuerdos o pactos colectivos quien promueva ahora casi veinte años después el recurso de inconstitucionalidad contra la medida, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218. Al efecto, nueva redacción dada al art. 41.2 ET mediante art. 5 apartado 3 de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del ET, justificándose la nueva regulación legal en la necesidad de flexibilidad y mayor facilidad para adaptar la prestación laboral a las necesidades de la empresa en cuanto alternativa a la pérdida del empleo y a la viabilidad de la empresa en su conjunto, apartado 3 de la Exposición de Motivos, B.O.E. de nº 122, de 23 de mayo, p. 15086. Más allá aún, a mayor abundamiento, la posibilidad de modificación de condiciones pactadas en convenios colectivos del Título III del ET, responde a una



Desde una perspectiva histórica, el modelo legal vigente a partir del 2012 se presenta por tanto claramente continuista del anterior y tributario de esa pacífica y consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que venía exigiendo exclusivamente el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores para la modificación de materias contenidas en el convenio colectivo estatutario. Todo ello en una interpretación literal y sistemática de la norma y respetuosa, según su propio criterio, con la fuerza vinculante de los convenios ex art. 37 CE y con el derecho a la libertad de negociación de los sindicatos inserta dentro del contenido esencial de su derecho a la libertad sindical ex art. 28 CE<sup>358</sup>.

Por el contrario, para los supuestos de modificaciones de condiciones de trabajo que derivaran de cualquier otra fuente diferente del convenio, partiendo de la diversa naturaleza y eficacia jurídica de unos y otros productos de la autonomía colectiva, con diferentes requisitos para su validez, la jurisprudencia amparaba pacíficamente la modificación unilateral por el empresario una vez agotado el correspondiente procedimiento regulado en el art. 41 ET<sup>359</sup>. En esta

---

enmienda introducida precisamente por el Grupo Parlamentario Socialista introducida en la fase de tramitación de la norma, Boletín de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 22 de febrero de 1994, enmienda núm. 195, pág. 130.

<sup>358</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 7 de febrero de 2005, en recurso de casación para la unificación de doctrina número 1963/2004, Ponente Luis Ramón Martínez Garrido, F.J. 3º: *“Pero, en cualquier caso, la solución de este litigio viene determinada por el hecho de que la modificación impuesta al trabajador, cualquiera que sea su relevancia, es contraria a lo pactado en el convenio colectivo, y, en el art. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, se impone una doble exigencia para poder modificar lo pactado en convenio, además de la existencia de causa legal: la primera, referida a las materias susceptibles de ser modificadas y que legalmente vienen referidas a horario, régimen de trabajo a turnos y sistema de remuneración. Y, la segunda, que exige para que la modificación sea viable que se haya obtenido acuerdo entre empresa y representante de los trabajadores. Sistema este que se introdujo en el texto del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, que asumía así la doctrina que el Tribunal Constitucional había plasmado en sus sentencias de 11 de abril de 1991 (RJ 1991, 3262), y, muy especialmente, en la 92/1992 de 11 de junio (RTC 1992, 92) donde se afirmaba que «la sujeción del convenio colectivo al poder normativo del Estado, constitucionalmente legítima, no implica ni permite la existencia de decisiones administrativas que autoricen la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos, lo que no sólo sería desconocer la eficacia vinculante del convenio colectivo, sino incluso los principios garantizados en el art. 9.3 de la Constitución». Tesis que permite concluir que, si la Autoridad laboral no podía autorizar la modificación de condiciones de convenio colectivo, cuando estos expedientes eran de su competencia, con menor razón puede el empresario modificar lo pactado por acto de propio imperio y sin el necesario acuerdo con los representantes de los trabajadores. Y esta conclusión ha de mantenerse, sin entrar a calificar si la modificación impuesta merece o no la categoría de sustancial, pues el sólo hecho de ser de las pactadas en convenio colectivo estatutario, les confiere la condición de inatacables de modo unilateral.”*

<sup>359</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremos, Sección 1ª, de fecha 6 de octubre de 2009, en recurso de casación para la unificación de doctrina número 3012/2008, Ponente Luis Ramón Martínez Garrido, F.J. 3º: *“Es cierto que el convenio colectivo, regulado en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, conocido como convenio estatutario, no es en nuestro Derecho la única forma de regulación de las relaciones. Se reconoce igualmente la eficacia de los pactos acordados entre empresa y representantes de los trabajadores que no cumplen los requisitos establecidos para los convenios estatutarios, habiendo acuerdo en estimar que la eficacia obligatoria de estos últimos, al igual que los contratos, deriva del reconocimiento de la eficacia de la voluntad plasmada en los art. 1254 a 1259 del Código civil. Lógica consecuencia de esa diferente naturaleza jurídica de los convenios colectivos y los pactos extraestatutarios es, además de la exigencia de diferentes requisitos para la validez de uno y otro, la diferencia de efectos de una y otra forma de regulación de las relaciones. Los convenios colectivos*

interpretación, el Alto Tribunal ha venido diferenciando de manera reiterada hasta hoy entre convenios colectivos, -con eficacia general para todos los comprendidos en su campo de aplicación-, y pactos extraestatutarios, -con eficacia únicamente entre quienes los concertaron y por tanto carentes de eficacia general-, haciendo especial hincapié en la exigencia de diferentes requisitos legales para la validez de uno y otro, concluyendo cómo precisamente esas diferencias habían sido tomadas en consideración por el legislador al disciplinar los medios de modificación sustancial.

De este modo, el art. 41 ET contendría dos supuestos de modificación completamente diferenciados, uno para las modificaciones de condiciones de trabajo originadas en “*convenios colectivos impropios*” o en decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos, otro, para las modificaciones referidas a condiciones pactadas en “*convenios colectivos estatutarios o normativos*”<sup>360</sup>, interpretación que se mantiene a día de hoy sin mayor dificultad al

---

*tienen eficacia general para todos los comprendidos en su campo de aplicación, hayan o no estado efectivamente representados en su negociación y acuerdo y sigue teniendo eficacia el contenido normativo una vez concluida la duración pactada (art. 86.3 ET ), mientras que los pactos extraestatutarios únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y carecen en general de efectos más allá de las fechas pactadas ( SS. 14 diciembre 1996 rec. 3063/1995 ( RJ 1996, 9462) y 25 enero 1999 rec. 1584/1998 ( RJ 1999, 896) ). Estas diferencias han sido tomadas en consideración por el legislador al disciplinar los medios de modificación sustancial de las condiciones del contrato, en la nueva regulación del Estatuto de los Trabajadores, que vino a suprimir la solución heterónoma existente en la legislación anterior, estableciendo, en el art. 41.2 , que la modificación de las, condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto sólo podrá producirse de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto a las materias que autoriza. Mientras que la modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, derivadas de cualquier otra fuente diferente del convenio estatutario, puede ser acordada por el empresario, una vez finalizado el período de consultas que establece el art. 41.4 .”*

<sup>360</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2007, en recurso de casación número 184/2005, ponente Gonzalo Moliner Tamborero, F.J. 4º: “3.– El art. 41.2 ET permite hacer del mismo otra interpretación diferente a la que mantiene la Caja que recurre, que es con la que está de acuerdo la mayor parte de la doctrina científica y la que mejor se acomoda a las exigencias del art. 28 de la Constitución en relación con la autonomía sindical. Esta interpretación es la que estima que en dicho apartado se contienen dos supuestos de modificación sustancial de condiciones colectivas que no son equiparables ni en sus exigencias ni en sus consecuencias, y es la que sostiene que en dicho precepto se contemplan dos supuestos de modificación completamente diferenciados: por una parte los que atañen a condiciones de trabajo originadas en convenios colectivos impropios o decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos, y por otra los que se refieren a condiciones de trabajo que tienen su origen en convenios colectivos estatutarios o normativos. Según esta interpretación el régimen de los apartados siguientes del apartado 2 del art. 41 ET, distinguiendo entre modificaciones individuales o colectivas sólo se podría aplicar a aquellos primeros y no a los segundos, por lo que cuando se trate de modificaciones de convenios colectivos éstas siempre serían no solo colectivas «per se» sino necesitadas de un previo acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, y ello a pesar de que en su literalidad, como ya hemos visto, aquellos preceptos parecen referirse a ambos tipos de modificación. Esta segunda interpretación, que supera la meramente literal, también se basa en los siguientes argumentos: 1) En primer lugar en el hecho de que el propio párrafo del apartado 2 cuando se refiere a la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III, o sea, a los convenios colectivos normativos, dispone con toda claridad que dicha modificación «sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren los párrafos b), c), d) y e) del apartado anterior», o, lo que es igual que «sólo» podrá producirse si existe un previo acuerdo, y «sólo» cuando la modificación afecta a horario – apartado b) –, régimen de trabajo a turnos – apartado

contraponer la actual redacción de la norma contenida en los arts. 41.2 y 6 del ET en relación con lo prevenido en el art. 82.3 ET.

En esta lectura el Tribunal Supremo distingue entre convenios colectivos estatutarios y resto de los productos de la autonomía colectiva en función de su diferente naturaleza y eficacia jurídica, encajando a estos últimos en lo que cataloga como acuerdos o pactos informales de empresa, interpretación en la que se reconoce valor normativo y fuente de la relación laboral ex art. 3.1 b) ET exclusivamente a los productos de la negociación colectiva “en la más

---

*c) –, sistema de remuneración – apartado c) – y sistema de trabajo y rendimiento – apartado d) –, y, por lo tanto sin que quepa modificación ni siquiera por acuerdo cuando afecte a otro tipo de modificaciones cuales las del apartado a) – jornada – o f) – modificación funcional – del art. 42.1 ET –; 2) Este argumento, que también contempla el contenido de literalidad del precepto, se refuerza con una interpretación sistemática del propio precepto pues en él, después de prever que las modificaciones funcionales convenidas no se pueden modificar más que por acuerdo de las partes en la interpretación «a contrario» del art. 41.2 ET que acabamos de hacer, contempla expresamente la posibilidad de que no tengan carácter colectivo las «modificaciones funcionales» que no afecten a un determinado número de trabajadores; esta posibilidad de modificación, que no viene contemplada como posible cuando se trata de convenios colectivos estatutarios como puede verse en lo dispuesto a tal efecto en el párrafo anterior, sólo puede entenderse si se refiere a convenios colectivos impropios pues lo contrario supondría aceptar una contradicción en los términos legales, ya que equivaldría a entender que el legislador ha querido decir en un segundo apartado lo que negó en el primero; y 3) Resulta difícil compaginar una interpretación distinta, que en estos autos es la mantenida por la representación empresarial, con la fuerza vinculante de los convenios colectivos contenida en el art. 37 de la Constitución y con el derecho a la libertad de negociación de los Sindicatos que se halla dentro del contenido esencial de su derecho a la libertad – art. 28 de la Constitución ( RCL 1978, 2836) –, puesto que aceptar aquella primera interpretación supondría tanto como sostener que el «poder de dirección» del empresario alcanzara a modificar cláusulas negociadas y pactadas en convenio colectivo de eficacia normativa, con todo lo que ello supone de atentado contra el sistema de negociación y de eficacia de dicha negociación que se contiene en el Estatuto de los Trabajadores. Esta segunda interpretación del art. 41.2 ET ( RCL 1995, 997) es la que ha sido aplicada por esta Sala en algunos supuestos anteriores como puede apreciarse en la STS de 11 de mayo de 1999 ( Rec.– 3350/98 [ RJ 1999, 4721] ) al rechazar que un sistema de remuneración establecido en convenio colectivo pudiera ser modificado por decisión unilateral de la empresa, apelando al hecho de que el art. 41.2 ET exige en estos casos el «acuerdo previo», y es la tesis que, por otra parte, se mantiene en alguna otra sentencia cual puede apreciarse en las SSTS de 11 de mayo de 2004 ( Rec.– 95/2003 [ RJ 2004, 5157] ) o 7 de febrero de 2005 ( Rec.– 1963/04 [ RJ 2005, 4791] ). Es la tesis que, por otra parte, mejor se acomoda al derecho de libertad sindical contemplado en el art. 28 de la Constitución, a tenor de la doctrina que ha mantenido claramente el Tribunal Constitucional de forma reiterada, en el sentido de que lo que es objeto de negociación colectiva queda fuera, en principio, del alcance de la autonomía individual de empresas y trabajadores, cual puede apreciarse entre otras en las SSTCº 105/1992, de 1 de julio ( RTC 1992, 105) –en la que anuló una sentencia del Tribunal Central de Trabajo en un caso de modificación de jornada de convenio colectivo pactada en contratos individuales–, en la 225/2001, de 26 de noviembre ( RTC 2001, 225) – en la que anuló la sentencia dictada por esta Sala en 2 de julio de 1997 ( Rec.– 3646/96 [ RJ 1997, 5695] ), en el que se había aceptado de forma individualizada una oferta empresarial sobre retribución y horario que eran contrarias a lo dispuesto en el convenio colectivo–, o incluso en la 238/2005, de 26 de septiembre ( RTC 2005, 238) que en este mismo procedimiento ha anulado la dictada por esta Sala en fecha anterior. Según esta doctrina constitucional, y en concreto esta última sentencia, acepta que desde el punto de vista de la legalidad ordinaria se hubiera llegado a entender que el procedimiento no era adecuado e incluso que la acción se hallara justificada desde la mera interpretación del art. 41 ET, pero niega la posibilidad de que sobre argumentos procesales o sobre el mero hecho de que la oferta empresarial no fuera peyorativa para los trabajadores pueda desestimarse la demanda del Sindicato, exigiendo por lo tanto que el pleito se abordada desde la perspectiva del art. 28 de la Constitución.”*

importante de sus manifestaciones”<sup>361</sup>, calificando expresamente como extraestatutarios a los denominados acuerdos de empresa subsidiarios o de regulación, aún a pesar de encontrarse previstos en el articulado del propio Estatuto<sup>362</sup>, criterio éste no exento de cierta controversia

---

<sup>361</sup> A propósito de acuerdo de empresa de homogeneización fundamentalmente en materia salarial, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 10 de marzo de 2009, en recurso de casación 119/2008, F.J. 4º, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea: *“Sin perjuicio del respeto que le merece la doctrina científica -- que por cierto no toda está de acuerdo con la tesis que sustenta el recurso como parece afirmarse en él -- esta Sala ha distinguido siempre entre los convenios colectivos estatutarios y los acuerdos o pactos informales de empresa. Y ha reconocido valor normativo, que es el que le otorga el carácter de fuente de la relación laboral, ex. art. 3.1.b ET, exclusivamente a los primeros (sentencias de 30 de enero de 2.003 (Rec. 1266/2001), 19 de enero de 2.003 (Rec. 2869/2002), 24 de mayo de 2.004 (Rec. 1631/2003) 20 de junio de 2.005 (Rec. 29/2004 ) y las que en ella se citan). Lo que no implica negar eficacia “erga omnes” a los acuerdos o pactos de empresa informales, pues como dijimos en la sentencia de 24 de mayo de 2.004 (Rec. 1631/2003 ) la ausencia de valor normativo “no impide que el acuerdo pueda tener una eficacia personal general a través del mecanismo específico de la representación laboral, como ocurre en los acuerdos que acaban de citarse, en los que los representantes de los trabajadores -- en la doble vía de la representación unitaria o de la sindical -- adoptan compromisos que vinculan a los trabajadores afectados, sin perjuicio de que éstos, como aquí sucede, puedan impugnarlos cuando los consideren contrarios a las normas legales o colectivas”. Con lo que dichos acuerdos informales, si bien pueden considerarse incluidos en el apartado c) del art. 3 ET, no tienen el carácter de fuente de la relación laboral por la vía de su apartado b), como pretenden los recurrentes. Desechada la naturaleza normativa del acuerdo informal de empresa que examinamos, es claro que no es posible aceptar tal conclusión. Pues como ha reiterado ésta Sala en las sentencias recién citadas, haciendo suya la doctrina constitucional que antes hemos resumido (fundamento octavo ), solo los convenios colectivos estatutarios, es decir los productos de la negociación colectiva “en la más importante de sus manifestaciones” en palabras del Alto Tribunal, tienen valor normativo en nuestro ordenamiento legal; y por ello, al ser equivalentes a un instrumento público de regulación, son los únicos que están obligados a respetar las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad. De modo que el respeto obligado al principio de igualdad no puede predicarse del Acuerdo del 86 dada su naturaleza de pacto informal o privado entre partes.” (Negrita del que suscribe)*

<sup>362</sup> A propósito de un acuerdo de empresa en materia de tiempo de trabajo, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 24 de enero de 2013, en recurso de casación 42/2012, Ponente Alarcón Caracul, F. J. 3º, párr. 2º: *“TERCERO.- Conviene ahora determinar cuál es la naturaleza jurídica y eficacia del recién citado Acuerdo de 19 de octubre de 2006. En primer lugar, dado el tenor literal del punto Tercero del propio Acuerdo antes reproducido, sería razonable atribuirle la naturaleza de pacto que pone fin a un conflicto colectivo y que, por ende, “tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo” ( artículo 24 del RDL 17/1977, de 4 de marzo). A ello podría objetarse que no consta que el conflicto colectivo se hubiera formalizado como tal, aunque una visión realista de los fenómenos colectivos y de la versatilidad de los productos de la negociación colectiva -aceptada desde siempre por nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria- permitiría superar ese obstáculo. Lo importante es que se reconoce explícitamente que existía un conflicto de carácter colectivo y que al mismo se ha puesto fin mediante Acuerdo suscrito por la representación unitaria de los trabajadores y, por tanto, con eficacia general en el ámbito de la empresa. Una segunda posibilidad, jurídicamente más ajustada, es considerar que estamos en presencia de uno de esos Acuerdos de Empresa que aparecieron en un momento dado en el ET, la mayoría de ellos en el Título I (artículos 22 , 24 , 29 , 31 y 34 ) con carácter subsidiario o defectivo: el legislador estatutario les atribuye a esos “acuerdos colectivos entre la empresa y los representantes de los trabajadores” la función de regular determinados aspectos que el Convenio Colectivo no ha regulado, completando así esa regulación convencional. La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria ha atribuido a esos Acuerdos de Empresa naturaleza contractual y no normativa (a juicio de esta Sala hubiera sido preferible considerar que se integran como un anexo al contenido normativo del Convenio cuya laguna vienen a integrar, aplicable en el ámbito empresarial correspondiente), pero ello no obsta para que su eficacia -esto es: su fuerza vinculante, aunque no se la considere normativa sino contractual- sea general en el ámbito de la empresa. Así lo ha reconocido esta Sala, por ejemplo en la STS de 24/5/2004 (Rec. 1631/2003 ), en cuyo FD Segundo se afirma que el hecho de que este tipo*

en el ámbito doctrinal <sup>363</sup>, nos remitimos expresamente al Capítulo dedicado a la naturaleza jurídica del descuelgue en el que nos hemos posicionado en sentido crítico con esta concepción <sup>364</sup>.

Consecuentemente, al no haber sido registrados ante la autoridad laboral, ni publicados en el correspondiente periódico oficial, para el Supremo resultaría posible proceder a la modificación unilateral de los acuerdos de empresa subsidiarios o de regulación por la vía del art. 41 ET <sup>365</sup>, aun en el supuesto de que hubieran sido alcanzados por representantes de

---

*de Acuerdos no tenga naturaleza normativa " ... no impide que el acuerdo pueda tener una eficacia personal general a través del mecanismo específico de la representación laboral, como ocurre en los acuerdos que acaban de citarse, en los que los representantes de los trabajadores -en la doble vía de la representación unitaria o de la sindical- adoptan compromisos que vinculan a los trabajadores afectados ". Por otra parte, hay que recordar que estos Acuerdos de Empresa no son solamente los citados por el ET sino que la jurisprudencia ha admitido esta figura del Acuerdo de Empresa con carácter general siempre que se lleven a cabo con la representación unitaria de los trabajadores -o incluso con las secciones sindicales que cuenten con la mayoría de los integrantes de dicha representación unitaria- y, además, con una funcionalidad muy amplia: no solamente regular determinadas cuestiones en defecto de regulación por el Convenio Colectivo mencionadas por el ET sino también "actualizar las disposiciones del Convenio aplicable, suplir las lagunas del mismo y mejorar sus condiciones, pero no modificar en perjuicio de los trabajadores las condiciones de un convenio colectivo provincial durante su período de vigencia" ( STS 21/12/2009, Rec. 11/2009 )." (Negrita del que suscribe)*

<sup>363</sup> ALEMÁN PÁEZ, F.: "Pactos extraestatutarios y modificación empresarial de condiciones de trabajo", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 12/2012 (presentación), [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\645 o VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Los equívocos de la jurisprudencia sobre la distinción entre convenios y acuerdos estatutarios y extraestatutarios (a propósito de la sentencia del TS de 22 de octubre de 2013)", *Relaciones Laborales*, nº 7, julio 2014. En este sentido, a propósito de lo controvertido de la naturaleza jurídica de los acuerdos de empresa, ELORZA GUERRERO, F.: "Acuerdos de empresa, subsidiarios, modificativos, de reorganización productiva e informales", en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley grupo Wolters Kluwer, p. 654 y ss, pone de manifiesto las diferentes opiniones de los Tribunales en instancias inferiores con respecto a la doctrina del Tribunal Supremo, que si bien reiterada, el autor califica como no todo lo elaborada que a lo mejor sería deseable.

<sup>364</sup> Analizando la problemática del régimen jurídico de los acuerdos de empresa, naturaleza y eficacia jurídica y posición en el sistema de fuentes de la relación laboral, se puede consultar GARCÍA MURCIA, J.: "Los acuerdos de empresa: marco general" en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley grupo Wolters Kluwer, p. 635 a 640. Partiendo de su consideración como manifestación de la negociación colectiva amparados en la cláusula general de garantía del art. 37 CE, y de su respaldo legal expreso, el autor concluye en el sentido de que deben discurrir por un régimen jurídico que, partiendo de las reglas del Título III del ET, requiere modalizaciones en su aplicación, **ocupando por tanto una posición intermedia entre el convenio colectivo estatutario y la negociación informal**. No obstante, para el autor, en lo que se refiere a los acuerdos de regulación, **resultando su eficacia normativa una característica consustancial**, pese a no haber sido incorporados formalmente al sistema de fuentes de la relación laboral diseñado en el art. 3 ET, **la lógica no puede conducir más que a la conclusión de que el acuerdo de empresa también forma parte del conglomerado de fuentes por el que se rigen los contratos de trabajo, en el que se incrusta a través del artículo 3.1 b) ET**.

<sup>365</sup> No había sido éste el criterio mayoritario en la doctrina científica en los trabajos tras la reforma de 1994 y hasta las mencionadas resoluciones del Supremo. En este sentido, concluyendo la necesidad de acuerdo ex art. 41.2.3º para la modificación de acuerdos de empresa subsidiarios o de regulación, se puede consultar FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª.F.: "El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral (I)", *Actualidad Laboral* nº 6, 6-12 febrero 1995, p. 67, o PÉREZ

trabajadores y empresarios con legitimidad suficiente para la suscripción en el correspondiente ámbito de un convenio colectivo, al catalogarlos como una especie dentro del género de los pactos extraestatutarios <sup>366</sup>. Ello obviamente salvo que en el propio convenio

---

DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa", *Actualidad Laboral*, núm. 21, 1996, p. 419. Como decimos, son estas conclusiones anteriores en todo caso a la reiterada posterior jurisprudencia en sentido contrario. De hecho, aún apuntando a la jurisprudencia del Supremo que rechaza su naturaleza normativa, en lo que se refiere a los acuerdos de empresa subsidiarios y aquéllos otros cuya negociación se contempla expresamente por el legislador, "la lógica jurídica aconseja considerar que su modificación no podrá tener lugar por la vía del artículo 41.4 ET, pues lo contrario podrá llevar, por ejemplo, a que una determinada materia que el convenio colectivo estatutario ha dejado conscientemente sin regular o que expresamente ha remitido su regulación a un acuerdo de empresa, finalmente se vea modificada la regulación de la misma por decisión unilateral del empresario tras no alcanzar un acuerdo en período de consultas", ELORZA GUERRERO, F.: "Acuerdos de empresa, subsidiarios, modificativos, de reorganización productiva e informales", en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley grupo Wolters Kluwer, p. 680 y 681.

<sup>366</sup> Por contener resumen de la jurisprudencia contenida en sus resoluciones de fecha 6 de marzo de 2009, 9 de marzo de 2011 y 23 de octubre de 2012, reproducimos el criterio en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 22 de julio de 2013, en recurso de casación 106/2012, Ponente José Manuel López García de la Serrana, F.J. 2º: "1. Para resolver la cuestión planteada conviene tener presente que **nos encontramos ante un Acuerdo que no merece el calificativo de convenio estatutario, sino extraestatutario porque no fue registrado por la autoridad laboral, ni publicado en periódico oficial**, relevante cuando se trata de acuerdos colectivos vencidos y denunciados, según la doctrina de esta Sala, sentada, entre otras, en nuestras sentencias de 6 de octubre de 2009 (Rcud. 3012/2008 ), 19 de enero de 2011, (R.O. 85/2010 ), 9 de marzo de 2011 (R.O. 118/2010 ) y 23 de octubre de 2012 (Rcud. 594/2012 ), ese dato comporta que el convenio extraestatutario no tenga eficacia "erga omnes" y carece en general de eficacia cuando ha sido denunciado y se ha incumplido el plazo de duración pactado, diferencia que, incluso, comporta que la modificación de las condiciones pactadas no requiera el acuerdo de las partes interesadas, bastando la decisión del empresario tras la negociación cuando se trata de cambiar acuerdos extraestatutarios, según el art. 41-5 del Estatuto Trabajadores . **En este sentido en nuestra sentencia de 9 de marzo de 2011 dijimos: "lo cierto es que el acuerdo continuaría sin poder ser calificado como un convenio estatutario, pues no consta que haya sido tramitado ni aprobado como tal; tampoco que haya sido inscrito, ni que haya sido objeto de publicación oficial, como exige el art. 90 del ET . Si es así, estamos ante un producto de una negociación informal que no es hábil a los efectos pretendidos. Tampoco estamos ante un acuerdo para materia concreta del art. 83.3 del ET , pues este tipo de acuerdos también requieren para tener eficacia normativa y general cumplir las exigencias que para los convenios colectivos estatutarios establece el Título III del ET. Se trata además no de un acuerdo interprofesional, sino de un acuerdo de empresa. Sobre este tipo de acuerdos la sentencia de 19 de enero de 2011 recuerda que no tienen, según la doctrina de la Sala, una naturaleza unitaria, y que sólo pueden considerarse como convenios colectivos estatutarios si su negociación, aprobación y publicación se ajusta a lo dispuesto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, lo que no sucede en este caso"**". Además, en nuestras sentencias de 6 de octubre de 2009 (Rcud. 3012/2008 ) y 23 de octubre de 2012 (Rcud. 594/2012 ) dictadas en un supuesto semejante al de autos, señalamos que: "Es cierto que el convenio colectivo, regulado en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, conocido como convenio estatutario, no es en nuestro Derecho la única forma de regulación de las relaciones. Se reconoce igualmente la eficacia de los pactos acordados entre empresa y representantes de los trabajadores que no cumplen los requisitos establecidos para los convenios estatutarios, habiendo acuerdo en estimar que la eficacia obligatoria de estos últimos, al igual que los contratos, deriva del reconocimiento de la eficacia de la voluntad plasmada en los art. 1254 a 1259 del Código Civil ". "Lógica consecuencia de esa diferente naturaleza jurídica de los convenios colectivos y los pactos extraestatutarios es, además de la exigencia de diferentes requisitos para la validez de uno y otro, la diferencia de efectos de una y otra forma de

extraestatutario se hubiera pactada por la propia voluntad de las partes una cláusula de inaplicación en los términos del art. 82.3 ET <sup>367</sup>.

Por lo tanto, tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria prescinden para la consideración de un convenio como estatutario del concepto material del convenio a favor del criterio formal, en el que se exige el cumplimiento de todos y cada uno los requisitos del Título III del ET <sup>368</sup>. Y en este sentido, en sede de suplicación, los Tribunales Superiores de Justicia vienen admitiendo la posibilidad de modificación unilateral por el empresario de los denominados “acuerdos de empresa” por la vía del art. 41 ET <sup>369</sup>, al entender que no les

---

**regulación de las relaciones.** Los convenios colectivos tienen eficacia general para todos los comprendidos en su campo de aplicación, hayan o no estado efectivamente representados en su negociación y acuerdo y sigue teniendo eficacia el contenido normativo una vez concluida la duración pactada ( art. 86.3 ET ), mientras que los pactos extraestatutarios únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y carecen en general de efectos más allá de las fechas pactadas ( SS. 14 diciembre 1996 rec. 3063/1995 y 25 enero 1999 rec. 1584/1998 ). **"Estas diferencias han sido tomadas en consideración por el legislador al disciplinar los medios de modificación sustancial de las condiciones del contrato, en la nueva regulación del Estatuto de los Trabajadores, que vino a suprimir la solución heterónoma existente en la legislación anterior, estableciendo, en el art. 41.2 , que la modificación de las, condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto sólo podrá producirse de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto a las materias que autoriza. Mientras que la modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, derivadas de cualquier otra fuente diferente del convenio estatutario, puede ser acordada por el empresario, una vez finalizado el período de consultas que establece el art. 41.4."** (Negrita del que suscribe)

<sup>367</sup> POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, www.westlaw.es, BIB 2012\3079, p. 2, siguiendo a PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Mecanismos legales de descuelgue salarial», *Actualidad Laboral* , núm. 10, 1997. p. 45 y a SEMPERE NAVARRO, A.V. y MELÉNDEZ MORDILLO-VELARDE, L.: *El descuelgue salarial. Estudio de su Régimen Jurídico en la Negociación Colectiva* . Cizur Menor: Aranzadi, 2009, p. 2

<sup>368</sup> En este sentido, en relación al obligado cumplimiento de la totalidad de los requisitos formales del Título III para considerar al convenio como estatutario, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, P. 80: “la utilización de un concepto material de convenio, que prescinda del conjunto de los requisitos de Título III ET, es arriesgada. No es fácil determinar qué condiciones formales podrían soslayarse toda vez que cumplen un sentido en el conjunto del sistema. Debería prevalecer, en consecuencia, un criterio formal”

<sup>369</sup> Sentencia número 2285/2003 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en fecha 11 de diciembre de 2003, en recurso de suplicación 1583/2003, F.J. 2º, Ponente Pedro Librán Sainz de Baranda: ““No desconoce esta Sala que si la condición de trabajo, que se pretende modificar por la empresa al estar establecida en un pacto de empresa, tiene carácter normativo o no, pues en el caso de autos no ha habido acuerdo entre los agentes sociales y en caso de no alcanzarse dicho acuerdo y no estar previstos por convenio colectivo cauces de solución para las discrepancias habidas, parece evidente que el empresario no podrá imponer las modificaciones sustanciales que pretendiera cuando éstas afecten a condiciones de trabajo que tengan su origen en convenio colectivo. Esta conclusión encuentra apoyo en lo previsto en el art. 41.2, donde se dispone, como antes se recordaba, que la «modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren las letras b), c), d) y e) del apartado anterior». **Tal imposición empresarial podrá producirse, sin embargo, cuando la modificación pretendida y sobre la que no se hubiera llegado a acuerdo en período de consulta, no afectare a condición de trabajo de origen normativo.** En tal caso, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación y ésta surtirá efecto una vez que transcurra el plazo

resulta aplicable la institución del descuelgue de convenio colectivo <sup>370</sup>, calificándolos como pactos extraestatutarios <sup>371</sup>, exigiendo sólo el acuerdo con los representantes de los

---

de treinta días a contar desde dicha notificación. Los trabajadores afectados por estas modificaciones de carácter colectivo, al igual que los que lo fueran por las de tipo individual, podrán también optar por la resolución indemnizada de su contrato de trabajo, en los supuestos y bajo las condiciones legalmente establecidas. **No desconociendo esta Sala de que suscitan importantes dudas de si realmente basta con la mera interpretación literal del precepto, y hasta qué punto no resulta obligada una interpretación sistemática y contextual del precepto, ya que si no se podrá producir una vulneración del art. 28.1.c) de la Constitución Española**, pues el Tribunal Constitucional con notable reiteración ha consolidado la interpretación de que el contenido esencial de la libertad sindical integre la actividad sindical, entre cuyas manifestaciones se encuentre la negociación colectiva, la cual quedaría lesionada al permitirse la modificación pro decisión unilateral del empresario de lo pactado en un convenio colectivo extraestatutario o en pacto de empresa, **lo cierto es que el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores no limita al acuerdo de empresa el procedimiento de modificación de los acuerdos y pactos colectivos.** Aplicando en su literalidad los trámites previstos en el apartado 4º para las modificaciones colectivas, **nos lleva a que a la conclusión del período consulta-negociación sin acuerdo, abre la posibilidad de una modificación de tales condiciones por decisión unilateral del empleador en el ejercicio de sus facultades típicas de organización:** «tras la finalización del período de consultas, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación» (art. 41.4; 4 del Estatuto de los Trabajadores).” (Negrita del que suscribe)

<sup>370</sup> También existen resoluciones en sentido contrario, en este sentido, Sentencia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 2525/2005, de fecha 25 de octubre de 2005, en recurso de suplicación 1842/2005, Ponente María José Muñoz Hurtado, F.J. 2º: “A los convenios colectivos de empresa no registrados ante la autoridad laboral ni publicados que complementan a las normas sectoriales doctrinalmente se les atribuye un valor normativo similar al de los convenios estatutarios constituyendo una expresión más del derecho a la negociación colectiva y gozan de la misma fuerza vinculante aunque la negociación se lleve a cabo obviando algunas reglas procedimentales del Título III ET calificadas de escasa trascendencia para incidir sobre su eficacia, siendo la naturaleza jurídica de tales acuerdos colectivos asimilable a la de los pactos de empresa modificatorios de los convenios estatutarios respecto a los que, en la petición elevada al defensor del Pueblo del Recurso de Inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley 11/1994, se argumentó para su desestimación que los acuerdos de empresa previstos en el art. 41.2 ET aunque no regulados en el título III son a todos los efectos pactos estatutarios dotados de eficacia normativa no siendo por tanto un convenios extraestatutarios. En consecuencia las modificaciones de condiciones laborales establecidas en los acuerdos colectivos o pactos de empresa, deben seguir el mismo procedimiento y someterse a idénticas limitaciones que las establecidas en el art. 41.2 párrafo 3 para los convenios estatutarios.”

<sup>371</sup> Sentencia número 2776/2009 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 29 de septiembre de 2009, en recurso de suplicación 2282/2009, Ponente Teresa Pilar Blanco Pertegaz, F.J. 3º, a propósito de un acuerdo de empresa de modificación del precio de la hora extra: “En el presente caso del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia ha quedado evidenciado que el precio de la hora extraordinaria que ha venido abonando la empresa demandada hasta la modificación acordada en agosto de 2008, era el establecido en la empresa en virtud de un acuerdo colectivo de fecha 31 de enero de 2001 en el que se fijó el precio de la hora extraordinaria en el 1,75% de la hora ordinaria, por lo que estamos ante una pacto extraestatutario cuya modificación no requiere de previo acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, sin que dicha conclusión se vea desvirtuada por lo establecido en el art. 47 del Convenio Colectivo aplicable el cual remite la compensación de las horas extraordinarias a la existente en la empresa, o a la que se pueda pactar o como mínimo al recargo del 50%, ya que de lo dispuesto en el indicado precepto no puede concluirse, como postula la recurrente, que la compensación de la hora extraordinaria pactada en la empresa forme parte del Convenio Colectivo estatutario, so pena de ampliar el ámbito del mismo más allá de lo que resulta razonable. De las consideraciones jurídicas expuestas resulta que no es necesario el acuerdo entre la representación de los trabajadores y la empresa para modificar el precio de la hora extraordinaria, pudiendo llevarse a cabo dicha modificación, siempre que concurren las causas previstas en el art. 41.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y se



trabajadores para la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del ET <sup>372</sup>. Criterio éste que se confirma igualmente de manera reiterada en recientes resoluciones dictadas por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional tras reforma laboral del 2012. Por ejemplo, en supuestos de acuerdos de empresa entre cesionario y representantes legales alcanzados al amparo del art. 44.4 ET <sup>373</sup>. O en

---

*siga el procedimiento establecido en el apartado 4 del indicado precepto . En el presente caso concurre la causa económica ya que según se recoge con valor fáctico en la fundamentación jurídica de la sentencia del juzgado, la empresa demandada lleva con pérdidas económicas durante los últimos tres años, y también se ha observado el período de consultas con los representante legales de los trabajadores, aunque al final no se alcanzase un acuerdo, sin que el hecho de que medie algo más de cuatro meses entra la finalización de las negociaciones (11-3-08) y la comunicación de la modificación (5-8-09) vicie de nulidad el procedimiento seguido ya que no consta que la situación económica de la empresa haya mejorado sustancialmente en dicho período de tiempo ni que de haberse mantenido nuevas consultas con la representación de los trabajadores se hubiera llegado a un acuerdo. Por último tan solo resta señalar que aun cuando la incidencia de la modificación del precio de la hora extraordinaria sobre la situación económica negativa de la empresa no sea decisiva para superar la misma, sin duda su adopción contribuirá a reducir los costes de personal de la empresa demandada con la consiguiente minoración de los gastos empresariales, lo que junto con las demás medidas adoptadas (expediente de regulación de empleo, creación de un cuarto turno, modificación del sistema de actividades) no puede sino contribuir a mejorar la posición competitiva de la empresa en el mercado que es uno de los objetivos que se persigue con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo por causas económicas (art. 41.1 último párrafo de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), lo que determina que la misma se haya de considerar justificada, tal y como resuelve la sentencia de instancia que procede confirmar previa desestimación del recurso contra ella interpuesto.”*

<sup>372</sup> Sentencia número 1152/2014 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sección 1ª, de fecha 26 de marzo de 2004, en recurso de suplicación 3218/2003, Ponente Carmen Hilda González González. F.J. único: “El rechazo de tal impugnación resulta forzoso por las siguientes razones: a) el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores sólo exige el acuerdo con los representantes de los trabajadores para la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III y el pacto analizado en estos autos no tiene carácter de convenio colectivo estatutario, sino de pacto privado o extraestatutario celebrado al margen de la específica regulación del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a sus requisitos sustantivos, formales y procedimentales, b) los pactos privados o extraestatutarios se incluyen dentro de la esfera de la negociación colectiva amparada por el artículo 37.1 de la Constitución ( RCL 1978, 2836) , pero la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los mismos, en caso de necesidad, no requiere acuerdo con los representantes de los trabajadores, sino que la decisión vaya precedida de un período de consultas no inferior a quince días, trámite que la empresa ha cumplido...”

<sup>373</sup> Sentencia número 198/2013 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 11 de noviembre de 2013, en recurso 288/2013, Ponente María del Carmen Prieto Fernández; F.J. 8º: “Los demandantes sostuvieron, por otro lado, que la empresa demandada **había dejado sin efecto acuerdos de empresa, originados en lo dispuesto en el art. 44.4 ET, cuya naturaleza es propiamente equivalente a un convenio colectivo estatutario, por lo que debió aplicarse el art. 82.3 ET y no el art. 41.4 ET sin que podamos convenir tampoco con dicha afirmación. - No compartimos la tesis actora, por cuanto el presupuesto, para que un convenio o acuerdo de empresa sea estatutario, es que se hayan cumplido todos los requisitos exigidos por el Título III ET, por todas TS 4-12-2000, RJ 2001\2055; TS 23-09-2003, RJ 2003\8378; STS de 14-3-05 (RJ 2005\3191 ); TS 19-02-2008, ED 25828; TS 24-06-2008, RJ 2008\4234; (TSJ C y M 27-10-05, AS 2005\3192 ) y TSJ Valladolid 27-03-2006, AS 1521, de manera que los acuerdos entre cesionario y representantes de los trabajadores de la cesionaria, contemplados en el art. 44.4 ET, no tienen naturaleza estatutaria, por cuanto ni están registrados, ni se han publicado en el BOE, que son requisitos constitutivos para considerarles propiamente convenios colectivos.”** (Negrita del que suscribe)

supuestos de modificaciones de acuerdos de empresa consistentes en mejoras voluntarias de la Seguridad Social <sup>374</sup>, sin que resulte óbice la circunstancia de que los mencionados acuerdos de empresa hubiesen sido negociados por quienes tuvieran la legitimación suficiente para la suscripción de un convenio estatutario al faltar los requisitos de depósito, registro y publicación oficial de los convenios colectivos <sup>375</sup>, calificando expresamente a los acuerdos de empresa de mejora de convenio colectivo como pactos extraestatutarios <sup>376</sup>.

A mayor abundamiento, tampoco alcanzaría la necesidad de aplicar el procedimiento de descuelgue a las cláusulas incorporadas al convenio por las que las partes se comprometieran

---

<sup>374</sup> Sentencia número 216/2013, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 2 de diciembre de 2013 en recurso 237/2013, Ponente Ricardo Bodas: *“Cuestión distinta es si procede, sin vulnerar lo dispuesto en el art. 192 TRLGSS, modificar una mejora voluntaria de la Seguridad Social, implantada mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (hecho probado cuarto), sin seguir el mismo procedimiento, es decir, sin alcanzar un nuevo acuerdo. La jurisprudencia, por todas STS 11-05-2004, rec. 95/2003 y STS 23-10-2012, recud. 594/2012, así como la doctrina judicial, por todas STSJ País Vasco 20-11-2007, rec. 2247/2007 y 30-01-2007, rec. 2373/2006 y STSJ Cantabria 15-01-2007, rec. 1048/2006 ; STSJ Rioja 28-01-2010, rec. 11/2010 y SAN 22-12-2011, proced. 237/2011, ha validado la posibilidad de modificar una mejora voluntaria, originada en pacto de empresa, por el procedimiento del art. 41.4 ET, por cuanto el apartado segundo de dicho artículo deja perfectamente claro, que podrá utilizarse el procedimiento del art. 41 ET en su vertiente individual o colectiva, cuando se pretenda modificar condiciones de trabajo originadas en acuerdos o pactos de empresa, sin que el listado, contenido en el art. 41.1 ET constituya obstáculo relevante, por cuanto la expresión "entre otras" permite concluir que no se trata de un listado cerrado, a diferencia de listado contenido en el art. 82.3 ET. Por lo demás, el art. 41 ET es posterior al art. 192 TRLGSS, de manera que su utilización, para modificar mejoras voluntarias pactadas mediante acuerdos de empresa, no vulnera el art. 192 TRLGSS, por cuanto la modificación se apoya en la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y debe aplicarse necesariamente después de la conclusión del correspondiente período de consultas, de manera que la decisión final del empresario, caso de concluir sin acuerdo el período de negociación, no quiebra el reiterado art. 192 TRLGSS, sin que deba olvidarse, en última instancia, que la medida es controlable jurisdiccionalmente.”* (Negrita del que suscribe)

<sup>375</sup> Sentencia número 21/2014 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 5 de febrero de 2014, en recurso 469/2013, Ponente López Parada, F.J. 4º: *“No puede compartirse tampoco la alegación del sindicato CCOO en el acto del juicio de que estaríamos ante un pacto de naturaleza estatutaria que habría de primar sobre los convenios de sector. Como principio general los pactos de empresa no tienen la naturaleza de convenios colectivos estatutarios, incluso si han sido negociados, como aquí ocurre, por quienes tienen legitimación suficiente para pactar uno de estos convenios, por lo que incluso podrían modificarse por la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2009, RCU 3012/2008). Para conferirles la naturaleza de convenio estatutario sería preciso, en todo caso, aunque se tratase de acuerdo sobre materias concretas producidos en el seno de una empresa, su depósito, registro y publicación oficial. A falta de dichos trámites, no siendo convenios estatutarios, no pueden tener prioridad aplicativa sobre el convenio del sector en los términos del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, aunque de ello no se deriva necesariamente su nulidad por contraponerse a convenios sectoriales de determinados ámbitos territoriales, primero porque ello no es causa de nulidad del pacto, sino un mero conflicto en orden a la selección de la norma aplicable en un determinado ámbito; y segundo porque para que el pacto fuese contrario al convenio colectivo sería preciso entrar en su contenido y determinar que el mismo supone una rebaja del mínimo garantizado por el convenio, algo que la empresa niega y no ha sido objeto del debate procesal”*

<sup>376</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 122/2014, de fecha 3 de julio de 2014, en recurso 113/2014, Ponente Rafael López Parada, F.J. 5º en relación con H. P. 2º.

a respetar, a título individual y como condiciones más beneficiosas, determinadas condiciones de trabajo superiores a las estipuladas en el propio convenio colectivo de aplicación<sup>377</sup>.

En esta lectura, en el supuesto del art. 82.3 ET nos encontramos por lo tanto ante una institución prevista por el legislador en exclusiva para la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios negociados conforme a las previsiones del Título III del ET.

Para el resto de los productos de la autonomía colectiva, entre los que se incluiría a los acuerdos de empresa, aplicaría por tanto en principio la figura de la modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 ET.

Ahora bien, siendo cierta esta afirmación, no lo es menos la de que la simple distinción entre convenio colectivo estatutario y resto de los productos de la autonomía colectiva no va a resolver, a nuestro juicio, todos los problemas interpretativos a estos efectos.

Y en este sentido, como quiera que el propio ordenamiento laboral va a atribuir a otros productos de la autonomía colectiva la misma eficacia jurídica o igual tratamiento que el del convenio colectivo estatutario, resulta necesario plantearse si, desde esta perspectiva, puede

---

<sup>377</sup> En estos supuestos, nada infrecuentes en la práctica negocial, no nos encontraríamos ante condiciones de trabajo incorporados al convenio sino ante derechos contractualizados, por mucho que la decisión de contractualizarlos tuviera su origen en el propio convenio, Sentencia de la Audiencia Nacional número 140/2014, de fecha 30 de julio de 2014, en recurso 161/2014, Ponente Ricardo Bodas, F.J. 5º: *“QUINTO. - Centrados los términos del debate, debemos despejar, en primer lugar, si es posible modificar, sin el acuerdo personalizado de los trabajadores afectados, condiciones de trabajo, reconocidas convencionalmente como condiciones irrevocables ad personam, contractualizadas, a continuación, con los documentos personales relacionados más arriba, a lo que anticipamos una respuesta positiva... Descartamos, por tanto, que hubiera de seguirse el procedimiento del art. 82.3 ET, por cuanto los derechos controvertidos se contractualizaron en su momento, limitándose la Disposición Adicional Primera del II Convenio a respetar, como no podría ser de otro modo, la contractualización previa de tales derechos, porque así lo comprometieron los negociadores del convenio, - Dicha cláusula no crea, por tanto, derecho alguno, sino que se limita a mantener los derechos reiterados en los términos convenidos anteriormente. Y cabe su modificación por el procedimiento regulado en el art. 41.4 ET, por cuanto el art. 41.2 ET deja perfectamente claro que pueden modificarse por este procedimiento las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en contrato de trabajo, como sucede aquí, siempre que concurran, claro está, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y se haya seguido el procedimiento regulado en el art. 41.4 ET .”*. Como quiera que el respeto de estas condiciones *ad personam* no comporta que se incorporen al convenio estatutario desde la perspectiva de que su fuente, sea individual o colectiva, no es el propio convenio colectivo, se ampara la modificación unilateral por el mecanismo de la modificación sustancial del art. 41 ET de concurrir los presupuestos legales habilitantes, Sentencia de la Audiencia Nacional número 220/2013, de fecha 10 de diciembre de 2013, en recurso 368/2013, Ponente Ricardo Bodas, F.J. 3º: *“La Sala no comparte la tesis de la demandante, por cuanto el art. 8 del convenio se limita a respetar a título individual las condiciones económicas que fueran superiores a las establecidas en el propio Convenio, consideradas en su conjunto y en cómputo anual, que no podrán ser absorbidas ni compensadas siempre que estas respondan a una retribución por transacción de derechos y/o condiciones más beneficiosas o que retribuyan con un plus un concepto concreto y específico que el trabajador tenga que cumplir para cobrarlas, lo que comporta únicamente que deben respetarse dichas condiciones económicas, excluyéndolas de la compensación y absorción, siempre que se cumplan los requisitos reiterados, pero dicho respeto no comporta, de ningún modo, que dichas condiciones se incorporen al convenio estatutario, puesto que su fuente, sea individual o colectiva, no es el propio convenio colectivo.”*

mantenerse la inaplicación de la institución del descuelgue ex art. 82.3 ET para estos otros productos de la autonomía colectiva a los que, sin ser convenios colectivos propiamente dichos, la propia Ley les equipara en eficacia o tratamiento al convenio, a lo que anticipamos desde ya mismo una respuesta negativa.

## ***1.2.- Aplicabilidad de la institución del art. 82.3 ET a otros productos de la autonomía colectiva diferentes del convenio colectivo estatutario***

### **1.2.1.- Aplicación del descuelgue ex art. 82.3 ET a productos de la autonomía colectiva con eficacia o tratamiento en la Ley de convenio colectivo estatutario**

Como acabamos de exponer, partimos de un sólido, por reiterado, criterio jurisprudencial que mantiene que sólo el convenio colectivo estatutario en cuanto producto de la autonomía colectiva en la más alta de sus manifestaciones ostenta la condición de fuente de la relación laboral, encontrándose revestido de eficacia jurídica normativa y personal general.

Aún así, en este debate, no podemos ignorar que el propio ordenamiento jurídico laboral concede expresamente en la norma a otros productos de la autonomía colectiva suscritos en determinadas condiciones el mismo tratamiento o la misma eficacia que la prevista para el convenio colectivo estatutario. Aún su diferente naturaleza, y pese a que la extensión de la eficacia de convenio se ha convertido en una “fórmula de estilo” extendida a productos de la autonomía colectiva que no guardan relación con la negociación colectiva con la única virtualidad de asegurar a aquéllos su carácter vinculante<sup>378</sup>, se nos plantea el interrogante en relación a la aplicabilidad o no a estos otros productos de la autonomía colectiva del procedimiento de descuelgue previsto para la inaplicación de condiciones pactadas en convenio en el supuesto de instarse la inaplicación de alguno de sus contenidos.

En una primera interpretación, una vez asimilados por ley en tratamiento o en eficacia al convenio colectivo, la propia fuerza vinculante del producto resultante de la autonomía colectiva no parece que se pueda conciliar con una modificación unilateral de las condiciones de trabajo pactadas en estos otros productos colectivos. Desde esta perspectiva, la inaplicación conllevaría la necesidad de aplicar el régimen jurídico previsto para la institución del descuelgue, fundamentalmente, necesidad de acuerdo.

A mayor abundamiento, en todos los supuestos que vamos a analizar, la propia normativa reguladora del registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo impone la necesidad de inscripción de estos otros productos de la autonomía colectiva en los mismos términos que para el supuesto del convenio colectivo, con lo que el legislador parece querer revestirlos de esa mayor vinculabilidad propia del convenio<sup>379</sup>.

---

<sup>378</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>.F.: “El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral (I)”, *Actualidad Laboral* nº 6, 6-12 febrero 1995, p. 105.

<sup>379</sup> Pese a que el Reglamento sólo se refiere al trámite de la inscripción, más allá de la interpretación literal, no hay duda de que los tres trámites se encuentran vinculados y se conciben de forma concatenada, en este sentido, OLARTE ENCABO, S.: “Acuerdos de adhesión”, en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1<sup>a</sup> Ed., febrero 2008, La Ley, grupo Wolters Kluwer, p. 865.

Nos referimos a la inaplicación de condiciones pactadas en productos de la autonomía colectiva tales como acuerdos marco o acuerdos sobre materias concretas, en acuerdos o laudos en conflictos derivados de la aplicación o interpretación del convenio, en acuerdos alcanzados en mediación o conciliación en un procedimientos de conflicto colectivo, inaplicación de condiciones pactadas en acuerdos fin de huelga, o, incluso, la problemática en relación con la inaplicación de condiciones pactadas en convenios aplicables como consecuencia de un acuerdo de adhesión o de un acto de extensión. Analizamos a continuación estos concretos supuestos.

Comenzando por el precepto dedicado en el Título III del ET con carácter general a las unidades de negociación <sup>380</sup>, el legislador prevé expresamente en la norma la posibilidad de concertación de dos productos de la autonomía colectiva a los que *ex lege* se les confiere el mismo tratamiento que el previsto para el convenio colectivo. Se trata, por tanto, de acuerdos colectivos estatutarios, encajados sistemáticamente en el Título III del Estatuto dedicado a la negociación colectiva y a los convenios colectivos estatutarios. Nos referimos a los acuerdos marco, -a través de los cuales las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, que cuenten con la legitimación necesaria de conformidad con lo establecido en el propio Estatuto, podrán establecer cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que habrán de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito-, y a los acuerdos sobre materias concretas, -acuerdos cuya función, expresamente reconocida en el art. 83.3 ET, va a ser la de la regulación directa de las materias concretas aludidas <sup>381</sup>-.

En definitiva, se trata en ambos casos de acuerdos colectivos asimilados al convenio pero que cumplen funciones singulares, diferenciándose parcialmente en su configuración o en su contenido de los convenios ordinarios <sup>382</sup>. Ciertamente es que en el supuesto de los acuerdos marco, en principio, al no tener como finalidad inmediata la regulación general de las condiciones de trabajo en su ámbito correspondiente funcional, territorial y personal, no son convenios colectivos propiamente dichos, como expresamente refiere el propio Tribunal Supremo a propósito de los acuerdos ex 83.3 ET <sup>383</sup>. No obstante, resulta habitual en la práctica negocial la

---

<sup>380</sup> Art. 83.2 y 3 del ET.

<sup>381</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimotercera edición, Ed. Tecnos, Madrid 2014, p. 365.

<sup>382</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimotercera edición, Ed. Tecnos, Madrid 2014, p. 364.

<sup>383</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 24 de enero de 2013, en recurso de casación 42/2012, Ponente Alarcón Caracuel, F. J. 3º *in fine* : “Y, por otra parte, ese Acuerdo ni siquiera es un convenio colectivo extraestatutario, puesto que un convenio colectivo - estatutario o extraestatutario- tiene como finalidad la regulación general de las condiciones de trabajo en su ámbito (funcional, territorial y personal) correspondiente. **Ni siquiera la figura, poco habitual por otra parte, de los "acuerdos sobre materias concretas" a que se refiere el artículo 83.3 ET son convenios colectivos propiamente dichos: lo que dice el ET es que "tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos"...**” (Negrita del que suscribe)

concertación de acuerdos marco con un contenido mixto, fundamentalmente obligacional, pero también regulador de condiciones de trabajo propiamente dichas y directamente aplicables en el correspondiente ámbito de aplicación.

Ahora bien, pese a no ser convenios colectivos en sentido estricto, como hemos apuntado el legislador expresamente confiere a ambos productos de la autonomía colectiva concertados al máximo nivel de negociación el mismo tratamiento previsto para los convenios colectivos, eso sí, siempre que hubieran sido concertados por sindicatos y asociaciones empresariales que contaran con la legitimación necesaria para la suscripción en el correspondiente ámbito de un convenio estatutario<sup>384</sup>. En este sentido, reciente jurisprudencia del Supremo otorga eficacia jurídica normativa y personal general a los acuerdos del art. 83.3 ET siempre que se hubieran cumplido las exigencias que para el convenio colectivo estatutario se imponen en el Título III del ET<sup>385</sup>. Y les confiere el mismo tratamiento que el del convenio incluso a pesar de una consolidada jurisprudencia que diferencia entre uno y otro producto de la autonomía colectiva en lo que concierne a su eficacia directa e inmediata a la hora de imponer una determinada regulación en el ámbito de negociación inferior<sup>386</sup>.

Siendo así, a los efectos de una posible inaplicación de condiciones pactadas en estos acuerdos marco con contenido regulatorio o en los acuerdos sobre materias concretas ex art. 83 ET, una vez regulados en el Título III del ET y conferido *ex lege* el mismo tratamiento que para el

---

<sup>384</sup> Art. 82.3 ET: *“Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2 de este artículo, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos.”* (Negrita del que suscribe)

<sup>385</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 22 de julio de 2013, en recurso de casación 106/2012, Ponente García de la Serrana, F. J. 2º, apartado 1: *“... Tampoco estamos ante un acuerdo para materia concreta del art. 83.3 del ET, pues este tipo de acuerdos también requieren para tener eficacia normativa y general cumplir las exigencias que para los convenios colectivos estatutarios establece el Título III del ET...”*

<sup>386</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de noviembre de 1989, en recurso de casación por infracción de ley, Ponente Antonio Martín Valverde, F.J. 2º: *“SEGUNDO.- El tipo especial de convenio colectivo de trabajo que la doctrina y práctica de las relaciones laborales conoce con el nombre de convenios o acuerdos-marco está contemplado y regulado en el art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores. Tales acuerdos o convenios-marco se caracterizan en esta regulación por tres notas. La primera de ellas se refiere a la unidad de negociación, que es una unidad muy amplia, tanto en lo que respecta al ámbito territorial (el territorio de todo el Estado) como en lo relativo al ámbito funcional (el conjunto de las relaciones de trabajo asalariado o por lo menos un sector significativo de las mismas). La segunda nota concierne a los sujetos negociadores, que lo serán solamente «las organizaciones sindicales o asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad autónoma». La tercera nota hace referencia a la finalidad o propósito de estos convenios o acuerdos-marco, que es el establecimiento de reglas o pautas, tanto sobre la estructura de la negociación colectiva en el ámbito interprofesional o sectorial al que se aplican, como sobre el contenido de los convenios colectivos ordinarios negociados en ámbitos inferiores. El Estatuto de los Trabajadores ha querido distinguir estos acuerdos o convenios-marco del art. 83.2 ET de los llamados convenios o «acuerdos sobre materias concretas», mencionados en el art. 83.3 ET, que pueden celebrarse en el mismo nivel y por los mismos agentes negociadores que los anteriores. La diferencia entre ellos estriba en la tercera de las notas que hemos señalado hace un momento: el propósito del acuerdo o convenio-marco es, como se acaba de decir, el de regular la estructura o el contenido de la propia negociación colectiva ordinaria, a diferencia de los «acuerdos sobre materias concretas» del art. 83.3 ET, cuya finalidad es establecer de manera directa e inmediata una determinada regulación, que se impone sin necesidad de su recepción en un convenio colectivo posterior de ámbito más reducido.”*

convenio, razones de pura lógica jurídica conducen a interpretar la plena aplicabilidad de la institución regulada en el art. 82.3 ET en estos supuestos<sup>387</sup>, descartando que pudieran ser modificados unilateralmente por la vía del art. 41 ET<sup>388</sup>.

A mayor abundamiento, esta conclusión se refuerza desde la perspectiva de que la propia normativa reguladora sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo determina que serán objeto de inscripción en los citados registros de las autoridades laborales competentes los acuerdos interprofesionales, los acuerdos marco y los acuerdos sobre materias concretas a que se refiere el artículo 83 del ET<sup>389</sup>. Solicitud de inscripción que, una vez comprobado por la autoridad laboral que el acuerdo no vulnera la legalidad vigente ni lesiona gravemente el interés de terceros, va a determinar la obligatoriedad de dictar resolución ordenando su registro, depósito y publicación en el boletín oficial correspondiente<sup>390</sup>. La obligatoriedad de proceder a su registro, depósito y publicación se interpreta a nuestro juicio como un intento del legislador por reforzar su fuerza vinculante, con la necesidad de acuerdo para su inaplicación, requisitos formales que, no olvidemos, no se prevén para los supuestos de los acuerdos de empresa, cuyo registro, depósito y publicación queda como mera posibilidad en la norma.

Continuando con el análisis de otros productos de la autonomía colectiva a los que directamente la Ley confiere eficacia o tratamiento igual a la del convenio estatutario, el

---

<sup>387</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 16.

<sup>388</sup> En este sentido, pero refiriéndose en exclusiva a los acuerdos ex art. 83.3 ET, Sentencia número 2525/2005, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 25 de octubre de 2005, en recurso de suplicación 1842/2005, Ponente María José Muñoz Hurtado, F.J. 2º: “...C) Cuando se trate de modificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo estatutario, tal como indica el último inciso del párrafo tercero del número 2 del art. 41, «sólo podrá producirse por acuerdo ente la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren los párrafos b), c) d) y e) del apartado anterior». En relación a este tercer grupo, la regulación estatutaria contiene una referencia suficientemente precisa al contenido colectivo surgido de la negociación colectiva entre sujetos cuya capacidad convencional precisa el ET, y que están provistos de eficacia general en sus ámbitos correspondientes: «obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia» (art. 82.3 ET). Esta identificación la efectúa el art. 41.2 por un reenvío a «los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley», evitando utilizar la expresión de convenios estatutarios. Por consiguiente, tal referencia legal permite considerar susceptibles de modificación, en las materias que el precepto señala, los acuerdos y convenios colectivos que se regulan en el Título III, ya se trate de convenios que afecten a unidades empresariales, pluriempresariales, sectoriales **o se trate de los acuerdos y convenios sobre materias concretas a que se refiere el art. 83.3 LET, que también tienen como objetivo, en términos generales, según la jurisprudencia «establecer de manera directa e inmediata una determinada regulación que se impone sin necesidad de negociación en un convenio colectivo de ámbito más reducido...**» (Negrita del que suscribe)

<sup>389</sup> Art. 2.1 b) del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

<sup>390</sup> Art. 8.3 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo: “Comprobado que el convenio o acuerdo colectivo no vulnera la legalidad vigente ni lesiona gravemente el interés de terceros, la autoridad laboral competente, procederá a dictar resolución ordenando su registro, depósito y publicación en el boletín oficial correspondiente.”

legislador, a la hora de referirse a la aplicación e interpretación del convenio colectivo estatutario en el Título III del ET, asigna nuevamente a determinados productos de la autonomía colectiva igual eficacia jurídica, e incluso tramitación, que la prevista para el propio convenio colectivo estatutario.

Nos referimos, por un lado, a las resoluciones de las comisiones paritarias sobre aplicación e interpretación del convenio <sup>391</sup>, por otro, a los acuerdos de mediación y a los laudos arbitrales en solución de controversias derivadas de la aplicación e interpretación del convenio en procedimientos de solución autónoma de conflictos ex arts. 83.2 y 3 del ET. Estos últimos siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permitiera acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en el Título III del ET <sup>392</sup>. Requisito que se confirma tras la lectura de lo prevenido en los acuerdos interprofesionales de solución autónoma de conflictos <sup>393</sup> y que, por el contrario, no se efectúa en el supuesto de los acuerdos alcanzados en la comisión paritaria, con los consiguientes problemas interpretativos <sup>394</sup>.

Siendo la propia Ley la que expresamente confiere a estos productos de la autonomía colectiva la misma eficacia jurídica y tramitación que la del convenio colectivo estatutario, vinculando a las partes negociadoras <sup>395</sup>, o previéndose expresamente en la norma su impugnabilidad por

---

<sup>391</sup> Art. 91.4 del ET en redacción dada por el artículo 5 del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, B.O.E.» 11 junio, vigencia: 12 junio 2011: *“Las resoluciones de la comisión paritaria sobre interpretación o aplicación del convenio tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en la presente Ley.”*

<sup>392</sup> Art. 91.4 del ET en redacción dada por el artículo 5 del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, B.O.E.» 11 junio, vigencia: 12 junio 2011: *“No obstante lo establecido en el apartado anterior, en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3 de esta Ley, se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos. El acuerdo logrado a través de la mediación y el laudo arbitral tendrán la eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos regulados en la presente Ley, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículos 87, 88 y 89 de esta Ley.”*

<sup>393</sup> A título de ejemplo, art. 11 del ASAC V en el que expresamente se previene que *“Será exigible la concurrencia de los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87, 88, 89.3 y 91 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y 154 y 156 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para que los acuerdos que puedan alcanzarse en la mediación o el arbitraje posean eficacia general o frente a terceros”*

<sup>394</sup> Como apuntamos, nada se refiere en la norma en la redacción del art. 91.4 ET al respecto de la necesidad de intervención de todos los sujetos legitimados para la negociación del convenio. En este sentido, nos remitimos expresamente al Capítulo dedicado a la gestión del desacuerdo en el período de consultas en el que analizamos expresamente la problemática a propósito de las funciones decisorias de las paritarias en solución de las discrepancias en descuelgues y la necesaria legitimidad para la adopción del acuerdo, diferenciando entre funciones de mera administración y de negociación del convenio: si se otorga al acuerdo la misma eficacia que la del convenio colectivo, y por mucho que se entendiera como un mero acto de administración, discutible, creemos que sería necesaria la intervención de todos los sujetos legitimados para la negociación del convenio, so pena de vulneración del derecho a la negociación colectiva en cuanto inserto en el más amplio de la libertad sindical.

<sup>395</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Acuerdos fin de huelga y fin de conflicto”, en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley grupo Wolters Kluwer, p. 824.



los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos, la conclusión no puede ser otra que la de mantener la plena aplicabilidad del procedimiento descuelgue ex art. 82.3 ET para el supuesto de proceder a la inaplicación de alguna de las condiciones pactadas en aquéllos acuerdos o laudos. Y ello por mucho que su naturaleza jurídica no coincida exactamente con la del convenio estatutario. Ningún sentido tendría otorgarles su misma eficacia jurídica y amparar a continuación una modificación unilateral de sus condiciones.

Y en este sentido, a mayor abundamiento, de nuevo la norma va a exigir para estos acuerdos o decisiones suscritos en conflictos de aplicación e interpretación del convenio colectivo el mismo tratamiento que el previsto para éste en lo que se refiere a las obligaciones de registro, depósito y publicidad en el correspondiente boletín oficial <sup>396</sup>. Requisito formal que a nuestro juicio se interpreta nuevamente como un reforzamiento de su fuerza vinculante y que abunda en la necesidad de acuerdo para proceder a su inaplicación, -pese a que la norma sólo se refiere al trámite de la inscripción, más allá de la interpretación literal, insistimos en que no hay duda de que los tres trámites se encuentran vinculados y se conciben de forma concatenada-<sup>397</sup>.

Muy relacionados con los supuestos que acabamos de analizar, el ordenamiento laboral confiere igualmente a los acuerdos alcanzados en conciliación o en mediación en el ámbito de un procedimiento de conflicto colectivo instado en sede judicial la misma eficacia que la del convenio colectivo estatutario, siempre y cuando se cumpla el presupuesto de que las partes que hubieren conciliado ostentaran la legitimación y adoptaran el acuerdo conforme a los requisitos exigidos en el Título III del Estatuto de los Trabajadores <sup>398</sup>. En caso contrario, sin esa legitimidad, los efectos de la transacción serán similares a los del denominado convenio extraestatutario, no rebasando la esfera contractual y proyectándose exclusivamente sobre la organización pactante y los trabajadores por ella representados <sup>399</sup>.

De la misma manera, para el supuesto de suscitarse la solución a la controversia aplicativa o interpretativa en un procedimiento seguido ante la autoridad laboral, la normativa reguladora

---

<sup>396</sup> Art. 2.1 c), d) y h) del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo: “1. Serán objeto de inscripción en los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo de las autoridades laborales competentes los siguientes actos inscribibles:” ... “c) Los acuerdos de las comisiones paritarias de interpretación de cláusulas determinadas del convenio colectivo.” ... “d) Los acuerdos de mediación como consecuencia de la interposición de conflicto colectivo así como, los de fin de huelga.”... “h) Cualquier otro acuerdo o laudo arbitral que tengan legalmente reconocida eficacia de convenio colectivo o que derive de lo establecido en un convenio colectivo.”

<sup>397</sup> OLARTE ENCABO, S.: “Acuerdos de adhesión”, en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley, grupo Wolters Kluwer, p. 865.

<sup>398</sup> Art. 156. 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social: “Lo acordado en conciliación o mediación tendrá, según su naturaleza, la misma eficacia atribuida a los convenios colectivos por el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, siempre que las partes que concilien, ostenten la legitimación y adopten el acuerdo conforme a los requisitos exigidos por las citadas normas. En tal caso se enviará copia de la misma a la autoridad laboral. ...”

<sup>399</sup> Por todas, F.J. 3º de la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 13 de octubre de 1995, en recurso de casación 1045/1995, Ponente Leonardo Bris Montes.

confiere al acuerdo de avenencia la misma eficacia que lo pactado en convenio colectivo, siempre que hubiera sido adoptado por mayoría simple de las representaciones de cada una de las partes; en los mismos términos para el supuesto de laudo previa designación de árbitro efectuada por las partes <sup>400</sup>.

Siendo así, por los mismos argumentos referidos para defender la aplicabilidad de la institución del descuelgue a las resoluciones de interpretación o aplicación del convenio de la comisión paritaria o adoptadas en el seno de los procedimientos de solución autónoma <sup>401</sup>, entre otros la exigencia de proceder a su registro, depósito y publicidad en el correspondiente boletín oficial en los mismos términos que los previstos por el legislador para el convenio colectivo estatutario, que también resulta aplicable en estos supuestos <sup>402</sup>, concluimos en el sentido de la plena aplicabilidad de la institución regulada en el art. 82.3 ET en el supuesto de proceder a la inaplicación de estos acuerdos alcanzados en conciliación o en mediación en procedimientos de conflicto colectivo. Acreditada la voluntad del legislador de dotarles de la misma eficacia que la que se atribuye al convenio colectivo, reciente doctrina judicial corrobora esta interpretación a propósito de acuerdos de mediación suscritos previa interposición de conflicto colectivo en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje en el contexto del II Acuerdo para la Solución Extrajudicial de Conflictos <sup>403</sup>.

Más problemático resulta a nuestro juicio el supuesto de la posible inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en los acuerdos fin de huelga pese a que, en una primera lectura, en su

---

<sup>400</sup> Art. 24 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, B.O.E. de 4 de marzo.

<sup>401</sup> La eficacia jurídica es la misma para todo tipo de acuerdos fin de conflictos, con independencia de la sede en que se alcancen y también del tipo de controversia a que se refieran, GOERLICH PESET, J.M.: "Acuerdos fin de huelga y fin de conflicto", en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley grupo Wolters Kluwer, p. 824.

<sup>402</sup> Art. 2.1 d) del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo: "1. Serán objeto de inscripción en los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo de las autoridades laborales competentes los siguientes actos inscribibles:" ... "d) Los acuerdos de mediación como consecuencia de la interposición de conflicto colectivo así como, los de fin de huelga."... "h) Cualquier otro acuerdo o laudo arbitral que tengan legalmente reconocida eficacia de convenio colectivo o que derive de lo establecido en un convenio colectivo."

<sup>403</sup> Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional número 178/2014, en recurso 152/2014, Ponente José Pablo Aramendi, F.J. 6º: "**SEXTO.- Dotado por tanto el Acuerdo de 2003 de la misma eficacia que los convenios colectivos del Título III ET, la conclusión a la que se llega es que su modificación a iniciativa del empresario no puede llevarse a cabo por la vía del art. 41 ET en su actual redacción (que es la que debemos considerar pues es ahora cuando se pretende modificar la jornada) sino que el cauce es el previsto en el actual art. 82.3 ET . Y ello por cuanto el art. 41 es de aplicación a la modificación de condiciones cuya fuente sea el contrato, acuerdos o pactos colectivos o decisiones unilaterales del empresario, mientras que el art. 82.3 ET diseña la vía para la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo. Y dado que los acuerdos alcanzados ex art. 154 LPL y hoy ex art. 156 LRJS , tienen por voluntad del legislador la misma eficacia que se atribuye a los convenios colectivos del Título III, su inaplicación, precisamente para garantizar dicha eficacia, sólo puede adoptarse por el cauce del art. 82.3 ET.**" (Negrita del que suscribe)

normativa reguladora literalmente se previene que el pacto que ponga fin al conflicto tendrá la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo <sup>404</sup>.

Desde la perspectiva de su contenido, en principio la norma no impone contenido mínimo alguno para el acuerdo fin de huelga, pudiendo éste consistir en un mero pacto de desconvocatoria, en un pacto de desconvocatoria con el compromiso de iniciar negociaciones en un determinado plazo, o en un pacto con contenido regulador propiamente dicho <sup>405</sup>. En este sentido, el acuerdo fin de huelga podrá presentar contenido normativo o exclusivamente obligacional, habiéndose diferenciado entre “contenido propio”, -desconvocatoria, conductas a desarrollar, consecuencias y efectos del acuerdo o previsiones vinculadas a la huelga y sus efectos-, y “contenido adicional impropio”, -posibilidad de incorporar contenidos normativos al acuerdo- <sup>406</sup>.

Sólo en el escenario de un acuerdo fin de huelga “regulador”, sería posible plantearse la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en el mismo ex art. 82.3 ET.

Dicho esto, en lo que se refiere a la eficacia del producto de la autonomía colectiva resultante del acuerdo, ése poder “regulador” de las partes que suscriben el acuerdo fin de huelga se va a encontrar condicionado por razón de los sujetos firmantes del acuerdo, por mucho que de manera genérica el art. 8 del Real Decreto Ley 17/1977 le confiera en abstracto la eficacia de convenio. En este sentido, y contrariamente a lo especificado en la norma para los supuestos de los conflictos colectivos o para los acuerdos de aplicación e interpretación del convenio ante órganos creados mediante acuerdos interprofesionales ex art. 83 ET, ninguna referencia se hace en la norma al respecto de la legitimidad requerida para que el acuerdo fin de huelga alcance la eficacia de convenio, lo que no deja de resultar una importante laguna en la regulación de su régimen jurídico a la vista de que la eficacia de convenio sólo puede detentarla el producto de la autonomía colectiva concertado por quienes se encontraran suficientemente legitimados para su suscripción en el correspondiente ámbito de negociación.

Por lo tanto, resulta necesario diferenciar a estos efectos entre acuerdos fin de huelga alcanzados por quienes ostentaran legitimación necesaria para la negociación de un convenio colectivo y acuerdos fin de huelga suscritos por quienes carecieran de ella <sup>407</sup>.

En el segundo escenario, por mucha redacción literal del art. 8 del Real Decreto-Ley 17/1977, el acuerdo fin de huelga nunca podría ostentar la eficacia propia del convenio colectivo en una interpretación lógica e integradora de la norma. Por lo tanto, el acuerdo fin de huelga suscrito por representantes sin legitimidad para la negociación de un convenio colectivo estatutario en el ámbito del conflicto sería susceptible de modificarse unilateralmente ex art. 41 ET.

---

<sup>404</sup> Art. 8 *in fine* del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, B.O.E. de 4 de marzo.

<sup>405</sup> RENTERO JOVER, J.: “Reflexiones sobre los pactos fin de huelga”, *Revista Aranzadi Social* (Estudios doctrinales), nº 2, año 1992, p. 2623.

<sup>406</sup> SANCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los acuerdos fin de huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, págs. 243 a 273.

<sup>407</sup> SANCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los acuerdos fin de huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, págs. 276 a 283.

Por el contrario, en el primer escenario, acuerdo fin de huelga regulador suscrito por quienes ostentaran la necesaria legitimación para la negociación de un convenio estatutario en el ámbito del correspondiente conflicto, la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en el acuerdo fin de huelga por el mecanismo el art. 82.3 ET va a venir condicionada por la naturaleza y la eficacia jurídica del acuerdo fin de huelga.

En este debate, pese a opiniones doctrinales defendiendo su naturaleza normativa <sup>408</sup>, “peculiar convenio colectivo” <sup>409</sup>, instrumento equiparable al convenio <sup>410</sup>, debemos partir de una interpretación del Tribunal Supremo en la que se confiere al pacto fin de huelga naturaleza extraestatutaria, en contraposición al convenio colectivo estatutario <sup>411</sup>. En este sentido, la jurisprudencia del Alto Tribunal “*diferencia, acorde con la dicción legal entre su naturaleza, que es distinta al Convenio Estatutario y su "eficacia" que es la misma*” <sup>412</sup>.

En esta lectura, como consecuencia de esta diferente naturaleza jurídica, se concluye en el sentido de que estos acuerdos fin de huelga deben incluirse dentro de la esfera de la tutela de la negociación colectiva ex art. 37 CE pero como convenios extraestatutarios <sup>413</sup>, no siendo fuente de derecho sino un pacto privado extraestatutario <sup>414</sup>, siguiendo de nuevo el argumento

---

<sup>408</sup> CORREA CARRASCO, M.: *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Editorial Aranzadi, 1997, p. 223

<sup>409</sup> DE LA VILLA-GARCÍA BECEDAS-GARCÍA PERROTE: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, CEURA, Madrid, 1991, p. 474

<sup>410</sup> RENTERO JOVER, J.: “Reflexiones sobre los pactos fin de huelga”, *Revista Aranzadi Social (Estudios doctrinales)*, nº 2, año 1992, p. 2623.

<sup>411</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 28 de junio de 1994, en recurso de casación 2847/1993, Ponente Mariano Sampedro Corral, F. J. 3º, b): “...de todas formas, constante jurisprudencia de esta Sala, y del Tribunal Constitucional ha reiterado que la negociación colectiva y los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores no agotan la tipología de los convenios colectivos, sino que en el ámbito de tutela de la negociación colectiva caben otros convenios, y, precisamente, **entre estos convenios extra-estatutarios se encuentra el regulado por Ministerio de la ley, en el citado art. 8.2**, expresivo de que los acuerdos que pongan fin a una huelga tienen “la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo” (Negrita del que suscribe)

<sup>412</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 2 de noviembre de 1999, en recurso de casación 4786/1998, Ponente Mariano Sampedro Corral, F. J. 3º: “1.- Ha sido y es muy debatida la naturaleza y eficacia del pacto que pone fin a la huelga, si bien desde el prisma del derecho positivo parece clara la distinción entre convenio colectivo y pacto que pone fin a la huelga, ya que el artículo 8.2 de Real Decreto Ley 17/1997, de 4 de marzo de Relaciones de Trabajo, no afirma que dicho acuerdo se incorpora al convenio colectivo, sino que “el pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo”. En este sentido la sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1.998, cuando trata de calificar y precisar el carácter de este pacto, **diferencia, acorde con la dicción legal, entre su naturaleza, que es distinta al Convenio Estatutario y su "eficacia" que es la misma**, para concluir que la modalidad procesal de conflicto colectivo, de carácter interpretativo y declarativo, es también idónea para reclamar el cumplimiento de estos pactos, a los que hay que otorgar idéntica eficacia.” (Negrita del que suscribe)

<sup>413</sup> Algún autor ha señalado que, pese a la imprecisión terminológica, el término extraestatutario no se utiliza en el sentido de venir previsto en la norma sino en el de estar regulado en el Título III del ET, lo que no sucede en el caso del acuerdo fin de huelga, SANCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los acuerdos fin de huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 81.

<sup>414</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 2 de noviembre de 1999, en recurso de casación 4786/1998, Ponente Mariano Sampedro Corral, F. J. 4º: ““La infracción aducida es la de una

de que “en puridad de términos, solo deben tener carácter estatutario los que se celebren con arreglo a lo establecido en Título III del Estatuto de los Trabajadores”, declarando expresamente la autonomía propia e independiente del acuerdo fin de huelga respecto del convenio colectivo <sup>415</sup>, sin que ambos productos de la autonomía colectiva se encuentren mutuamente condicionados <sup>416</sup>.

No obstante lo anterior, y a pesar de otorgarle naturaleza extraestatutaria, la propia jurisprudencia del Supremo confiere a los acuerdos fin de huelga el valor de convenio colectivo <sup>417</sup>, declarando que su interpretación deberá ajustarse a las normas que regulan la interpretación de los contratos <sup>418</sup>, manteniendo la aplicabilidad del procedimiento de

---

*cláusula de un pacto, que pone fin a una huelga, y como antes se ha afirmado, este pacto no tiene naturaleza de convenio colectivo estatutario, sino de pacto privado o extraestatutario, por lo que no es fuente de derecho, y por lo tanto no puede constituir ninguna de las infracciones a que se refiere el artículo 205 e) L.P.L.: "ordenamiento jurídico o jurisprudencia"*” (Negrita del que suscribe)

<sup>415</sup> Sentencia número 769/2010 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 30 de septiembre de 2010, en recurso 871/2010

<sup>416</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 2 de noviembre de 1999, en recurso de casación 4786/1998, Ponente Mariano Sampedro Corral, F. J. 3º: “2.- *Sí parece pacífico que estos pactos deben incluirse dentro de la esfera de la tutela de la negociación colectiva, amparada en forma general en el artículo 37 de la Constitución Española y que el acuerdo tiene un significado obligatorio, como convenio extraestatutario, por lo que debe ser aplicado en sus propios términos, como afirma la sentencia de esta Sala de 26 de junio de 1.994. Afirmación del carácter extraestatutario de estos pactos que, en el caso concreto litigioso, parece razonable, en cuanto, en puridad de términos, solo deben tener carácter estatutario los que se celebren con arreglo a lo establecido en Título III del Estatuto de los Trabajadores, es decir los que, cumpliendo los requisitos legitimadores de las partes y el régimen de mayorías legalmente establecido, cumplan, a su vez, los requisitos formales y procedimentales, y, entre ellos el de presentación ante la autoridad laboral a efectos de registro y publicación en el Boletín Oficial correspondiente, como afirman las sentencias de esta Sala de 22 de enero y 8 de junio de 1.999. 3.- Sentada pues, esta diferenciación entre convenio colectivo estatutario, y pacto que pone fin a una huelga iniciada bajo su vigencia, su consecuencia es que, en términos generales, y específicamente en el presente supuesto, convenio y pacto -en conformidad a su diferente etiología, naturaleza y finalidad- tienen autonomía propia e independiente y no se encuentran en su desarrollo mutuamente condicionados.*

<sup>417</sup> Autorizadas voces han puesto el énfasis en la circunstancia de que la normativa reguladora asimila al acuerdo fin de huelga en su eficacia al convenio, y no al convenio colectivo estatutario, pues sólo el acuerdo suscrito por los sujetos legitimados para suscribir convenios estatutarios en el ámbito de la empresa podría tener esa consideración. Muy ilustrativa a estos efectos la Sentencia número 3444/2011, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 15 de diciembre de 2011, recurso 2828/2011, Ponente Ángel Antonio Blasco Pellicer, F.J. 2º y 3º: “De la misma manera **hay que negar que el acuerdo referido alcance valor o eficacia de convenio colectivo estatutario por tratarse de un pacto que puso fin a una huelga**, al amparo del artículo 8.2 del Real Decreto Ley sobre Relaciones de Trabajo . En primer lugar porque, **de entrada, la norma (anterior al Estatuto de los Trabajadores) no se refiere específicamente a que la eficacia de un pacto fin de huelga se asimile a un convenio estatutario, sino simplemente a un convenio**, por lo que **para que tuviese la eficacia que propugnan los recurrentes debería haber sido suscrito por los sujetos legitimados para suscribir convenios estatutarios en el ámbito de la empresa**” (Negrita del que suscribe)

<sup>418</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Sección 1ª, de fecha 30 de octubre de 2013, en recurso 47/2013, Ponente Rosa María Viroles Piñol, F. J. 5º: “El motivo ha de desestimarse pues, porque no concurren ninguna de las razones alegadas: a) En primer lugar, los acuerdos citados son consecuencia por su forma de negociación y por su contenido, del proceso de negociación abierto para poner fin a la huelga, constituyendo la terminación de ese proceso que inició el acuerdo de 12 de abril de 2011 . Son, por tanto, acuerdos de fin de huelga. Es reiterada la doctrina de esta Sala que llega a igual conclusión respecto a la naturaleza jurídica de tales acuerdos o pactos. Así: La STS de 7-febrero-2011

conflicto colectivo en los supuestos de conflictos de aplicación o interpretación de alguna de sus cláusulas en la misma medida que para el propio convenio al ostentar su misma eficacia <sup>419</sup>. Valor o eficacia de convenio matizada <sup>420</sup>, exclusivamente para los supuestos de acuerdos fin de huelga que cumplieran con los requisitos subjetivos relacionados con la legitimidad o representatividad y con las exigencias formales respecto de la necesidad de inscripción y publicación <sup>421</sup>.

En estos términos,-naturaleza de pacto extraestatutario vs eficacia o valor de convenio-, en una interpretación lógica y sistemática de la norma, por los mismos argumentos por los que venimos concluyendo la aplicabilidad de la figura del descuelgue ex art. 82.3 ET a otros productos de la autonomía a los que, sin ser convenios colectivos, se les atribuye *ex lege* la eficacia o el tratamiento previsto para estos últimos, nos posicionamos en el sentido de la necesaria aplicabilidad de la institución del art. 82.3 ET para el supuesto de inaplicación de alguna de las condiciones pactadas en el acuerdo fin de huelga. Pero siempre que éste último

---

(rec. 102/2010 ) señala que: " 1.- **Los acuerdos de desconvocatoria o de Fin de huelga** ,-- cuya naturaleza ostenta el ahora objeto de la interpretación cuestionada, del que no se discute la ratificación posterior del preacuerdo alcanzado por las partes representadas ni consta que hubiere sido impugnado - -, **tienen el valor de convenio colectivo, como establecen los arts. 8.2** ("... El Pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo" ) y 24.1 del Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 - marzo ("... Dicho acuerdo tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo") y corrobora la jurisprudencia constitucional y social (entre otras, STC Pleno 11/1981 de 8-abril, SSTS/IV 31-mayo- 1995 -rco 1677/1994, 29-octubre-2002 -rco 1244/2001, 14-marzo-2005 -rco 6/2004, 21-julio-2009 -rcud 3389/2008, 21- septiembre-2009 -rco 56/2009, 23-septiembre-2009 -rcud 4065/2008, 22-enero-2010 -rcud 925/2009, 9-febrero-2010 -rco 19/2009, 3-junio-2010 -rcud 3008/2009, 15-junio-2010 -rcud 680/2009, 5-julio-2010 -rcud 2039/2009, 4-noviembre-2010 -rcud 2907/2009); **por tanto, su interpretación debe ajustarse a las normas que regulan la interpretación de los convenios colectivos.**" (Negrita del que suscribe)

<sup>419</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1998, en recurso de casación para la unificación de doctrina número 2061/1997, Ponente Jesús González Peña, F.J. 3º: "Por ello estos acuerdos han de tener normalmente por objeto la regulación de conflictos de intereses que fueron planteados o exigidos mediante el paro, estableciendo una nueva normativa reguladora de los derechos y obligaciones existentes entre los sujetos de la relación de trabajo, que posteriormente puede exigir problemas de interpretación, o imponer unas determinadas obligaciones o líneas de actuación a la otra parte, que puede dar lugar en este caso a otro proceso mediante el ejercicio de la oportuna acción de condena. En este último supuesto, -no es dudoso el primero-, ya hemos adelantado que el proceso adecuado para satisfacer esa pretensión de condena es la modalidad del conflicto colectivo, pues si el artículo 151 es el idóneo para exigir la aplicación de la norma plasmada en ese convenio colectivo, ha de serlo igualmente para los pactos a los que el legislador les asigna esa eficacia sin poder acudir al procedimiento ordinario como ocurriría en el caso de autos..."

<sup>420</sup> No obstante, la asimilación de la eficacia jurídica de los acuerdos fin de huelga a los convenios colectivos no es plena, GOERLICH PESET, J.M.: "Acuerdos fin de huelga y fin de conflicto", en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley grupo Wolters Kluwer, p. 806 y ss. En este sentido, se ha excluido que su infracción pueda fundar un recurso de casación, aludiendo a Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1999, en recurso 4786/1999. O igualmente la falta de conexión directa entre los derechos fundamentales contenidos en el art. 28 CE y la integridad de su contenido.

<sup>421</sup> En este sentido, exigiendo ambos requisitos, se pronuncia SANCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los acuerdos fin de huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 299 y ss.

hubiera sido suscrito por quienes ostentaran la legitimación requerida para la suscripción de un convenio estatutario en el ámbito del conflicto, no en el supuesto contrario.

Para reforzar esta conclusión, debemos traer de nuevo a colación la normativa por la que se desarrolla el registro, depósito y publicidad de los convenios y acuerdos colectivos que exige igualmente esta tramitación para el supuesto de los acuerdos fin de huelga <sup>422</sup>, obligaciones formales que parecen confirmar la opción del legislador por la mayor vinculabilidad del acuerdo.

Para terminar con el análisis de esta cuestión, resulta posible que, en una determinada unidad de negociación, se aplique un convenio colectivo sin el presupuesto de haber sido negociado previamente por los sujetos legitimados en el correspondiente ámbito de aplicación. Nos referimos a los supuestos de los acuerdos de adhesión y a las decisiones de extensión de convenio previstas en el artículo 92 del Estatuto de los Trabajadores.

En el primer escenario, en el acuerdo de adhesión a un convenio preexistente nos encontramos propiamente ante una modalidad peculiar de la negociación colectiva, de ahí que sea necesario que el acto de adhesión se formule de común acuerdo por las partes legitimadas para convenir en el correspondiente ámbito. Desde esta perspectiva, determinada doctrina entiende incluso que nos encontramos ante un convenio colectivo propiamente, en cuanto forma abreviada de negociación, cuya singularidad principal radica precisamente en la simplificación del objeto de discusión <sup>423</sup>, modalidad simplificada y sumaria de convenio colectivo estatutario, y, por tanto, de naturaleza jurídica normativa y eficacia subjetiva general o *erga omnes* <sup>424</sup>.

Por el contrario, en el acuerdo de extensión, no nos encontramos ya ante un producto de la autonomía colectiva, sino ante una decisión administrativa de naturaleza normativa dictada con la finalidad de llenar un vacío normativo, previa tramitación de un procedimiento iniciado a instancia de parte legitimada para la negociación en el correspondiente ámbito, -“actuación administrativa reglamentaria” a juicio del Tribunal Supremo como hemos analizado al referirnos a la naturaleza jurídica de la institución-. En este segundo supuesto, en ausencia de sujetos legitimados para la negociación en un determinado ámbito, resulta posible que se aplique la totalidad de un convenio colectivo en vigor, o de parte de las disposiciones concretas del mismo, a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de

---

<sup>422</sup> Art. 2.1 c), d) y h) del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo: “1. Serán objeto de inscripción en los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo de las autoridades laborales competentes los siguientes actos inscribibles:” ... “d) Los acuerdos de mediación como consecuencia de la interposición de conflicto colectivo así como, los de fin de huelga.”...

<sup>423</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimotercera edición, Ed. Tecnos, Madrid 2014, p. 391.

<sup>424</sup> OLARTE ENCABO, S.: “Acuerdos de adhesión”, en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley, grupo Wolters Kluwer, p. 841: “Por ello se puede definir como una modalidad simplificada y sumaria de convenio colectivo estatutario, y, por tanto, de naturaleza jurídica normativa y eficacia subjetiva general o *erga omnes*, a la que se aplica, salvo alguna modalización puntual, el régimen jurídico de estos convenios”

actividad mediante el acto de extensión dictado por la autoridad laboral, siempre que en todo caso existiera la previa imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un convenio colectivo de los previstos en el Título III del ET por el motivo de falta de interlocución con la legitimidad necesaria. Se trata por tanto de un mecanismo excepcional, en cuanto supone de injerencia en el espacio en principio reservado a la autonomía colectiva, que sustituye la autonomía negocial por un acto administrativo, pero siempre subordinado a la propia autonomía colectiva y que tiene carácter provisional<sup>425</sup>. A través de una “técnica de reenvío”, se declara aplicable en un determinado ámbito una norma convencional que había sido aprobada para otro ámbito pero sin que se cree una norma nueva, limitándose el órgano administrativo a declarar aplicable otra ya existente<sup>426</sup>. En estos términos, no hay regulación heterónoma sino simple aprobación por la autoridad laboral de la solicitud de extensión<sup>427</sup>.

A los efectos que nos interesan, en el acuerdo de adhesión, nos encontramos ante un supuesto que reúne todos los requisitos para ser considerado como un convenio, pese a que el acuerdo no se ha concretado en un convenio colectivo “formal”<sup>428</sup>, conviviendo tras la adhesión dos convenios diferenciados de manera autónoma sin que exista una relación de subordinación entre uno y otro en lo que se refiere a la vigencia; en este sentido, la norma no impone de forma imperativa un principio de asociación o coincidencia en esta materia entre el acuerdo de adhesión y el convenio objeto de dicha adhesión<sup>429</sup>.

En lo que concierne al acto de extensión, la autoridad laboral va a extender el convenio, o disposiciones concretas del mismo, a la nueva unidad de negociación pasando a partir de ese momento a regular las condiciones de trabajo en esta última de manera autónoma e independiente del convenio extendido en los mismos términos que en el acuerdo de adhesión.

---

<sup>425</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: “Novedades en materia de extensión de convenios colectivos. Comentario al RD 718/2005, de 20 de junio (BOE de 2 de julio de 2005), que aprueba el procedimiento de extensión de convenios colectivos.”, Universidad Pompeu Fabra, <http://www.upf.edu/iuslabor/032005/art06.htm>.

<sup>426</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 1995, en recurso de casación número 2383/1993, Ponente Desdentado Bonete, F.J. 2º: “Esta integración opera a través de una técnica de reenvío: se declara aplicable en un determinado ámbito una norma convencional que ha sido aprobada para otro o, como ha señalado la doctrina del Tribunal Constitucional, “no se crea una norma nueva, sino que se limita a declarar aplicable otra ya existente” (Sentencia Tribunal Constitucional 86/1.991). La norma extendida no resulta así modificada en su estructura, contenido o ámbito de aplicación por el acto de extensión que es accidental y externo a ella; simplemente actúa como elemento para la integración de una laguna de regulación en otro ámbito”

<sup>427</sup> Art. 9.1 del Real Decreto 718/2005, de 20 de junio, por el que se aprueba el procedimiento de extensión de convenios colectivos: “La resolución administrativa que se dicte decidirá motivadamente, en función de la concurrencia de las circunstancias establecidas en el artículo 92.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 1.2 de este real decreto, sobre la procedencia o no de la extensión de las disposiciones del convenio colectivo solicitado al ámbito requerido carente de regulación. La resolución podrá decidir, además, sobre aquellas disposiciones del convenio colectivo que resulten inaplicables, con especial consideración de las cláusulas obligacionales.”

<sup>428</sup> Para GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 80.

<sup>429</sup> OLARTE ENCABO, S.: “Acuerdos de adhesión”, en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley, grupo Wolters Kluwer, p. 867. Refiere la autora criterio en contra de VALDÉS DAL-RE, F.: “La adhesión y la extensión de convenios colectivos”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1987



Y además con los efectos previstos en el art. 82.3 ET esto es, con eficacia jurídica normativa y alcance personal general, así lo estipula expresamente la norma <sup>430</sup>. En este sentido, y al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos, la decisión es independiente de la eficacia general del convenio colectivo “extendido”, que es originaria en todo caso <sup>431</sup>. Por lo tanto, una vez declarada la extensión, nos vamos a encontrar ante dos convenios colectivos propiamente dichos.

Siendo así, más allá de la diferente naturaleza jurídica de uno y otro supuesto, no resulta discutible que, en lo que se refiere a su eficacia, el nuevo convenio colectivo adherido o extendido va a resultar obligatorio para todas las empresas y trabajadores incluidos dentro de la unidad de negociación cuyos representantes hubieran acordado la adhesión o solicitado la extensión. En este sentido, la regulación de las condiciones de trabajo del convenio adherido o extendido se va a imponer de manera automática, indisponible e inderogable sobre las relaciones laborales incluidas bajo su campo de aplicación

Por lo tanto, si de lo que se trata es de la inaplicación de alguna o algunas de las condiciones de trabajo del “nuevo” convenio colectivo que se impone en el nuevo ámbito de aplicación como consecuencia de acuerdo de adhesión o del acto de extensión, no resulta cuestionable que para proceder a esa inaplicación va a resultar necesario instar la tramitación del procedimiento de descuelgue de convenio colectivo ex art. 82.3 ET. Y ello es así desde la simple perspectiva de que, en ambos supuestos, estamos hablando de la eficacia del convenio colectivo adherido o extendido, no de la eficacia del acuerdo de adhesión o de eficacia de la decisión de extensión.

En conclusión, en todos estos supuestos analizados de productos de la autonomía colectiva diferentes en su naturaleza al convenio colectivo pero con eficacia o tratamiento *ex lege* de convenio, va a ser precisamente el “reenvío” que se efectúa desde la Ley por el que se les confiere la misma eficacia o tratamiento que la del convenio colectivo el que va a determinar la aplicabilidad de la institución del descuelgue ex art. 82.3 ET en el supuesto de procederse a la inaplicación de alguna de sus condiciones. Interpretación éste que se refuerza desde la perspectiva de que la propia normativa reglamentaria impone la necesidad de proceder al registro, depósito y publicación de estos acuerdos en los mismos términos que para el

---

<sup>430</sup> Art. 91.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: *“El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, o el órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, podrán extender, con los efectos previstos en el artículo 82.3 de esta Ley, las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad, por los perjuicios derivados para los mismos de la imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un convenio colectivo de los previstos en este Título III, debida a la ausencia de partes legitimadas para ello.”*

<sup>431</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 32ª edición, Madrid, 2011, p. 183 y 184. En el mismo sentido, AA.VV. : *“Curso de derecho del trabajo”*, 19ª Edición, Director, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. Autores GARCÍA ORTEGA, J., GOERLICH PESET, J.M., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., SALA FRANCO, T., Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 212.

convenio colectivo, plus a la hora de reforzar su mayor vinculabilidad que por el contrario no se impone para el resto de acuerdos o pactos colectivos <sup>432</sup>.

En todo caso, no se resuelven aquí todos los problemas interpretativos en relación a la aplicabilidad o no de la institución del descuelgue a otros productos de la autonomía colectiva, existiendo otros acuerdos o pactos colectivos a los que de igual modo va a resultarles de aplicación la institución del art. 82.3 ET aún sin tener asignada por Ley esa eficacia o tratamiento de convenio, el mejor ejemplo de ello el del propio acuerdo o decisión de descuelgue.

### **1.2.2.- Aplicación del descuelgue ex art. 82.3 ET a otros productos de la autonomía colectiva**

Como hemos apuntado, existen otros productos de la autonomía colectiva que, sin ser convenios colectivos propiamente dichos y sin otorgárseles directamente en la Ley de manera expresa su eficacia o tratamiento, a la hora de proceder a la inaplicación de alguna de sus cláusulas va a resultar necesario aplicarles el procedimiento regulado en el art. 82.3 ET en una interpretación lógica y sistemática de la norma <sup>433</sup>. Nos referimos, entre otros, a la inaplicación de condiciones pactadas en acuerdos de descuelgue, o decisiones sustitutivas, a la inaplicación de condiciones pactadas en acuerdos de empresa llamados expresamente desde el convenio o desde la propia norma, y a la inaplicación de condiciones pactadas en acuerdos parciales alcanzados en procesos de renovación del convenio ex art. 86.2 párr. 2º ET.

Quizá el ejemplo más elocuente de lo que exponemos sea el del propio acuerdo de descuelgue o decisión sustitutiva, acuerdo o decisión que, como analizamos en el Capítulo dedicado al procedimiento, podrá ser alcanzado en una primera fase en el inicial período de consultas, en el supuesto de bloqueo negocial en una segunda fase, potestativa, en comisión paritaria, en una tercera, ya obligatoria, en procedimientos de mediación o arbitraje ante órganos de solución autónoma de conflictos creados mediante acuerdos interprofesionales ex art. 83 ET o, finalmente, en último caso, mediante decisión en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano equivalente de comunidad autónoma, en su propio seno o mediante laudo dictado por árbitro designado al efecto.

Una vez más, a la hora de valorar la aplicabilidad o no de la institución del descuelgue de convenio a la figura del propio acuerdo de inaplicación, o de la decisión sustitutiva, la respuesta sin duda va a venir condicionada por la naturaleza y eficacia jurídica que otorguemos a este acuerdo o decisión.

---

<sup>432</sup> En este sentido, la propia normativa reguladora del registro, depósito y publicación de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo prevé expresamente la posibilidad de cumplimentar estos requisitos para los supuestos de los convenios o acuerdos de eficacia limitada pero siempre con carácter potestativo, no obligatorio, -disposición adicional 2º del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo-.

<sup>433</sup> A pesar de que no sin argumento existen voces de quienes señalan que utilización de un concepto material de convenio que prescinda del conjunto de los requisitos previstos en el Título III del ET es arriesgada, desde la perspectiva de que no es fácil determinar qué condiciones formales podrían soslayarse, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, P. 80.

En este sentido, pese a que por Ley no se le confiere la eficacia o el tratamiento propios del convenio, en cuanto norma especial de concurrencia <sup>434</sup>, en los Capítulos dedicados a examinar la naturaleza jurídica y la eficacia del acuerdo nos hemos posicionado en el sentido de asimilarlo al convenio colectivo estatutario en lo referente a su naturaleza jurídica por los motivos allí apuntados <sup>435</sup>. En lo que se refiere a su eficacia, constituyéndose en fuente de la relación laboral y estando revestido de la eficacia automática, imperativa e inderogable propia de la norma, nuestra conclusión ha sido la de otorgarle la misma eficacia personal general y jurídica normativa que la del convenio colectivo. Entre otros motivos, por tratarse de un instrumento de disponibilidad colectiva por el que temporalmente se establece un régimen normativo alternativo al del convenio que va a sustituir íntegramente a éste en la materia objeto de inaplicación, porque se encuentra tipificado y encajado sistemáticamente en el propio Título III del ET o porque está revestido de esa mayor vinculabilidad propia del convenio que le confiere el efecto automático e imperativo. De la eficacia nos ocupamos expresamente en el Capítulo dedicado expresamente al acuerdo de descuelgue.

Siendo así, en una interpretación lógica de la norma y congruente con la fuerza vinculante del convenio, no hay otra conclusión posible que la de entender aplicable la figura del 82.3 ET en el supuesto de proceder a la inaplicación de alguna de las condiciones pactadas en el acuerdo o en la decisión de descuelgue. En caso contrario, amparar una posible modificación unilateral “en cascada” de estos acuerdos por la vía del art. 41 ET, supondría desnaturalizar la previsión contenida en el art. 82.3 ET, argumento éste que se viene manteniendo desde tempranos comentarios a la reforma laboral del 94 al imponerse la necesidad de acuerdo en estos supuestos <sup>436</sup>, interpretación doctrinal corroborada en el mismo sentido tras la reforma de 2012 <sup>437</sup>.

---

<sup>434</sup> Es éste el criterio de Sala de lo Social del Tribunal Supremo a propósito del anterior art. 41.2.3ª ET reflejado en su Sentencia de fecha 11 de mayo de 2004, en recurso de casación 95/2003, Ponente Martín Valverde, F.J. 4º: “Desde el punto de vista técnico-jurídico, el precepto reproducido es, como ha señalado la doctrina científica, una norma especial de concurrencia de regulaciones colectivas, que, al permitir la modificación de las disposiciones de los convenios colectivos del Título III ET por acuerdos de empresa, otorga a éstos preferencia aplicativa sobre aquéllos. En este supuesto especial de concurrencia de regulaciones colectivas la justificación de la decisión modificativa en “una más adecuada organización” de los recursos de la empresa se encuentra avalada y acreditada, en principio, por el acuerdo colectivo concluido entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores, que tiene un efecto anticipado de legitimación de dicha decisión similar aunque más reforzado que el acuerdo de la representación de los trabajadores en el período de consultas”

<sup>435</sup> En igual conclusión, MOLERO MARAÑÓN, Mª. L.: “Régimen jurídico de los acuerdos concursales”, en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley grupo Wolters Kluwer, p. 746.

<sup>436</sup> Entre otros muchos, SALA FRANCO, T, ALFONSO MELLADO, C. y PEDRAJAS MORENO, A.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 40 y ss, o GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, p. 253 y ss.

<sup>437</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo”, en THIBAUT, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012, p. 242.

A mayor abundamiento, para reforzar esta conclusión, nuevamente la norma impone la obligatoriedad de proceder al registro, depósito y publicación del acuerdo de descuelgue o de la decisión sustitutiva en los mismos términos que los previstos para el convenio colectivo. Y no sólo de los acuerdos alcanzados en períodos de consultas en el procedimiento del 82.3 ET, también en los supuestos de acuerdos de descuelgue alcanzados en períodos de consultas en procedimientos de despidos colectivos, en procedimientos contemplados en acuerdos interprofesionales *ex art.* 83 ET o incluso de las decisiones o laudos dictados en la última fase de gestión del desacuerdo en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico equivalente <sup>438</sup>. En estos términos, la exigencia de cumplimiento de estos requisitos formales parece deducir la intención del legislador en reforzar su mayor vinculabilidad.

La misma solución aplicaría para el supuesto de un descuelgue de convenio acordado o decidido en el supuesto de una empresa en concurso <sup>439</sup>. En este sentido, no siendo posible una eventual resolución unilateral del juez del concurso al aplicar por la remisión expresa a la normativa laboral las reglas sobre solución de la discrepancia contenidas en el art. 82.3 ET <sup>440</sup>, no hay duda de que el acuerdo de inaplicación logrado a través del procedimiento previsto en el art. 66 de la Ley Concursal gozará igualmente de la máxima eficacia que concede el ordenamiento laboral, la eficacia jurídica normativa y personal general propia del convenio estatutario, por lo que, en estos términos, tampoco podrá ser modificado *a posteriori* “en cascada” por la vía del art. 41 ET <sup>441</sup>.

Más dudas se nos plantean en el escenario de los acuerdos de empresa “llamados” expresamente desde el convenio.

A estos efectos, no resulta nada infrecuente en la práctica negocial la concertación de acuerdos de empresa bajo el “paraguas protector” del convenio colectivo por remisión expresa de éste. En estos supuestos, el convenio colectivo, por lo general de ámbito supraempresarial, efectúa una especie de “reenvío” a la negociación colectiva de ámbito de empresa para que

---

<sup>438</sup> Disposición Adicional 4ª del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, por el que se regula el registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo

<sup>439</sup> Art. 66 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal: “*La modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores*”, precepto que no obstante no ha sido reformado en este sentido por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, B.O.E. de 1 marzo, al contrario de lo efectuado para determinados apartados del art. 64 *ex arts.* 10 y 12 de la citada Ley en lo que se refiere a la legitimación negocial conforme a las reglas del 41.4 ET y a las exigencias del acuerdo

<sup>440</sup> En este sentido, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 70

<sup>441</sup> MOLERO MARAÑÓN, Mª. L.: “Régimen jurídico de los acuerdos concursales”, en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley grupo Wolters Kluwer, p. 746.

sea en este nivel de negociación en el que se determinen las concretas condiciones de trabajo para cuya regulación, en principio, se entiende que resulta más adecuado el ámbito empresarial. No nos referimos a acuerdos de empresa defectivos, sino a supuestos en los que se mandata a las partes para que desarrollen lo previsto en el convenio colectivo en el ámbito empresarial.

En estos términos, podemos encontrarnos con precedentes en la doctrina judicial por los que, pese a tratarse estrictamente de acuerdos de empresa, se ha concluido la necesidad de proceder a la modificación de estos productos de la autonomía mediante acuerdo, bajo el argumento de que presentan una fuerza normativa y eficacia vinculante similar a la del convenio estatutario <sup>442</sup>.

Para cierto sector doctrinal, por el mismo argumento por el que se aplicaría la figura del art. 82.3 ET en el supuesto de inaplicación de acuerdos o laudos de descuelgue, debería seguirse igualmente este procedimiento en el de los acuerdos de empresa expresamente llamados desde el convenio <sup>443</sup>.

A nuestro juicio, es ésta sin duda la interpretación lógica de la norma y coherente con el criterio que venimos defendiendo en otros supuestos. No obstante, al referimos a inaplicación de acuerdos de empresa, esta conclusión choca, una vez más, con la rigorista jurisprudencia del Supremo que sólo concede la naturaleza y eficacia del convenio al producto de la autonomía colectiva en la más alta de sus manifestaciones y que ampara la modificación de los acuerdos de empresa a través del mecanismo del art. 41 ET.

En todo caso, existe una previsión en la norma por la que, a nuestro juicio, resulta posible defender la aplicabilidad de la institución del descuelgue a estos efectos.

En este sentido, la normativa reguladora del registro y depósito de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo, en lo concerniente al cumplimiento de requisitos formales, no sitúa al mismo nivel a los acuerdos de empresa “genéricos” y a estos acuerdos derivados de lo establecido en un convenio colectivo, exigiendo para estos últimos el cumplimiento de los mismos requisitos que los previstos para el convenio colectivo. Desde esta perspectiva, en una lectura integrada de la norma, esta previsión reglamentaria permitiría a nuestro juicio concluir en el sentido de que el legislador parece que ha querido revestirlos de una mayor vinculabilidad, refuerzo de su fuerza vinculante que exigiría la aplicabilidad de la figura del

---

<sup>442</sup> En este sentido, el supuesto analizado en la Sentencia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 2525/2005, de fecha 25 de octubre de 2005, en recurso de suplicación 1842/2005, Ponente María José Muñoz Hurtado, a propósito de la remisión efectuada en el art. 6 de determinado convenio para la regulación del sistema de non stop en las condiciones pactadas en el correspondiente acuerdo de empresa.

<sup>443</sup> Siguiendo a GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Madrid CES, 1998, p. 253 y ss, en este sentido se concluye por GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 81: se equiparán a los efectos de descuelgue a los convenios por “*el mismo argumento que conduce a que los acuerdos en los que se concreta el descuelgue -así como las resoluciones, laudos o decisiones que puedan sustituirlos como consecuencia de la nueva configuración del art. 82.3 ET- se equiparen a los convenios colectivos a los efectos que nos ocupan*”.

descuelgue ex art. 82.3 ET en el supuesto de proceder a la inaplicación de alguna de sus cláusulas <sup>444</sup>.

Más claro aún resultaría a nuestro juicio el supuesto de los acuerdos de actualización de tablas salariales o de revisión salarial.

Resulta habitual en la práctica negocial la concertación de cláusulas por las que las partes negociadoras se “automandatan” la obligatoriedad de proceder a la actualización de las tablas salariales inicialmente convenidas, o de proceder a la revisión incluso con carácter retroactivo en el supuesto de actualizarse determinadas contingencias anexadas casi siempre a la evolución de los índices de precios al consumo oficiales. Acuerdos normalmente suscritos en comisiones paritarias en función de unos parámetros previamente estipulados en el convenio colectivo.

En ambos escenarios, y a los efectos que nos interesan, tanto el acuerdo de actualización de tablas salariales como el de revisión salarial no son convenios colectivos propiamente dichos, pero se van a incorporar expresamente al contenido del propio convenio colectivo a través del reenvío que se efectúa desde su articulado, resultando igualmente obligatorio proceder su inscripción, depósito y publicación <sup>445</sup>.

Siendo así, tratándose de acuerdos alcanzados en el seno de comisiones negociadoras, o de paritarias que actúan en prolongación de la comisión negociadora del convenio <sup>446</sup>, no resulta discutible la necesidad de aplicar la figura del descuelgue en el supuesto de instar la inaplicación de esa concreta condición.

En otras ocasiones el “reenvío” al acuerdo de empresa se va a efectuar no ya desde el convenio colectivo sino desde la propia Ley, ordenando el legislador imperativamente proceder a la concreta regulación de una determinada materia en el ámbito de negociación del nivel de la empresa. Ejemplo, el supuesto especificado en el art. 85.2 b) del ET dedicado al contenido mínimo de los convenios en lo que concierne al deber de negociar planes de igualdad en empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores.

---

<sup>444</sup> Art. 1. h) Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, por el que se regula el registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. En este sentido, expresamente se previene en el Reglamento la obligatoriedad de proceder a la inscripción en los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo de *“Cualquier otro acuerdo o laudo arbitral que tengan legalmente reconocida eficacia de convenio colectivo o que derive de lo establecido en un convenio colectivo”*

<sup>445</sup> Art. 2.1 a) del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo: *“1. Serán objeto de inscripción en los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo de las autoridades laborales competentes los siguientes actos inscribibles:” ... “a) Los convenios colectivos de trabajo negociados conforme a lo establecido en el título III del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como las revisiones salariales que se realicen anualmente en los convenios plurianuales y las motivadas por las cláusulas de “garantía salarial”, las modificaciones, los acuerdos parciales a que se refiere el artículo 86 del mismo texto legal y las prórrogas de los convenios”*

<sup>446</sup> No eludimos el debate en torno a la problemática de la actuación de la comisión paritaria en cuanto prolongación de la comisión negociadora, fundamentalmente desde la perspectiva de los problemas relacionados con la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva inserto en el más amplio de la libertad sindical de los legitimados para la negociación sin representación en aquéllas comisiones, aludimos a este problema en el Capítulo dedicado a la gestión del desacuerdo.

De este modo, en el ámbito de convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, la Ley efectúa una llamada a la negociación colectiva a nivel de empresa para que el deber legal de negociar planes de igualdad se desarrolle en el ámbito empresarial en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios a través de las oportunas reglas de complementariedad <sup>447</sup>.

De nuevo nos encontramos ante un producto de la autonomía colectiva que no es un convenio colectivo en cuanto tal. No obstante, el “reenvío” legal efectuado en el propio Título III del ET, unido a la obligatoriedad de proceder a su registro, depósito y publicación en los mismos términos que los exigidos para el propio convenio colectivo <sup>448</sup>, reviste a estos acuerdos de una vinculabilidad mayor que la que se presupone respecto del acuerdo de empresa “genérico”, imponiéndose por lo tanto a nuestro juicio la aplicabilidad del art. 82.3 ET en el escenario de inaplicación de alguna de las condiciones pactadas en estos acuerdos <sup>449</sup>.

A mayor abundamiento, nos encontramos ante materias a las que la propia Ley incluye en el denominado contenido mínimo del convenio, por mucho que la norma permita su negociación mediante acuerdo de empresa. Desde esta perspectiva, difícilmente podría sostenerse una interpretación por la que se amparara una modificación unilateral de una condición que legalmente se impone como contenido mínimo del convenio por el solo hecho de que formalmente se hubiera convenido bajo la forma de acuerdo de empresa.

Para terminar con el análisis de la aplicabilidad de la figura del descuelgue del art. 82.3 ET desde la perspectiva de la naturaleza jurídica del producto de la autonomía colectiva susceptible de inaplicación, existe en el Título III del ET otro supuesto de acuerdo colectivo al que, sin ser estrictamente un convenio colectivo, va a resultarle igualmente de aplicación la institución. Nos referimos al supuesto de los acuerdos parciales alcanzados durante el proceso de renovación de un convenio colectivo ex art. 86.3 párr. 2º ET.

En este sentido, de conformidad con lo prevenido en el precepto dedicado a la vigencia del convenio colectivo estatutario, denunciado el mismo y durante las negociaciones para su renovación, es posible que las partes legitimadas en la negociación adopten acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de los contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa tras la terminación de la duración pactada.

Aún siendo conscientes de que en la práctica el acuerdo de renovación parcial se encontrará vinculado al proceso de renovación del convenio colectivo denunciado, la norma expresamente especifica que estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes acuerden, con

---

<sup>447</sup> Párrafo final del número 2 del artículo 85 del ET introducido por el apartado dieciocho de la disposición adicional décimo primera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, B.O.E. de 23 marzo, Vigencia: 24 marzo 2007.

<sup>448</sup> Art. 2.1 f) del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo

<sup>449</sup> Inaplicación que, no obstante, va a encontrarse limitada por la previsión legal expresa en el sentido de que el acuerdo de inaplicación no podrá lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa, art. 85.2 ET. Nos referimos a ello en el Capítulo dedicado al Acuerdo.

lo que, desde esta perspectiva, se abre la puerta en este sentido a una vigencia “autónoma” del acuerdo de renovación parcial con respecto a la del convenio colectivo denunciado. Por lo que es posible, al menos a nivel teórico, que en el futuro se planteara su inaplicación de manera autónoma e independiente.

A la hora de enjuiciar la aplicabilidad de la institución del descuelgue ex art. 82.3 ET al acuerdo de renovación parcial, resultará determinante analizar la naturaleza y eficacia jurídica de estos acuerdos.

Y en este sentido, pese al silencio en la norma, a la vista de que se trata de acuerdos que deben ser negociados por quienes ostenten la legitimación suficiente para la negociación estatutaria en el correspondiente ámbito, de su encaje sistemático en el precepto dedicado a la vigencia del convenio, de la necesidad de proceder a su registro, depósito y publicación en los mismos términos que los previstos para el convenio colectivo <sup>450</sup>, o de su finalidad, que no es sino la de la sustitución del propio convenio colectivo prorrogado en la materia concreta revisada, la conclusión no puede ser otra que la de otorgarles una naturaleza jurídica análoga a la del convenio y su misma eficacia jurídica normativa y personal general.

Siendo así, no tenemos duda en el sentido de que en el poco previsible supuesto de tener que proceder a la inaplicación de alguna de las condiciones pactadas en el acuerdo de revisión parcial, resultaría en todo caso necesario proceder según el procedimiento de descuelgue ex art. 82.3 ET.

## **2.- APLICABILIDAD DE LA INSTITUCIÓN DEL DESCUELQUE DESDE LA PERSPECTIVA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO**

Como dijimos al comienzo del presente Capítulo, en el diseño legal de la institución de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo el legislador diferencia por naturaleza jurídica del producto de la autonomía colectiva objeto de inaplicación, no por ámbito de aplicación <sup>451</sup>, habiendo previsto la institución del descuelgue con carácter general para la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo estatutario.

Desde esta perspectiva, en una primera aproximación, la institución del descuelgue va a resultar susceptible de aplicación respecto de cualquier convenio que cumpla las condiciones requeridas en la norma para la consideración de convenio estatutario, excepción hecha de los

---

<sup>450</sup> Art. 2.1 a) del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo: “1. Serán objeto de inscripción en los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo de las autoridades laborales competentes los siguientes actos inscribibles:” ... “a) Los convenios colectivos de trabajo negociados conforme a lo establecido en el título III del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como las revisiones salariales que se realicen anualmente en los convenios plurianuales y las motivadas por las cláusulas de “garantía salarial”, las modificaciones, los acuerdos parciales a que se refiere el artículo 86 del mismo texto legal y las prórrogas de los convenios”

<sup>451</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 27 a 30.



convenios del personal al servicio de las Administraciones Públicas, de los que nos ocuparemos en epígrafe al margen.

Sentada esta premisa, el legislador refiere literalmente en la norma que se podrá proceder, previo desarrollo de un período de consultas en los términos del art. 41.4 ET, a inaplicar en la empresa condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea éste de sector o de empresa. En esta tesitura, la redacción del precepto nos obliga a considerar si esta dicotomía entre convenio de sector y de empresa excluye en sentido estricto la aplicabilidad de la institución del descuelgue del art. 82.3 ET a otro tipo de convenios colectivos estatutarios pactados en unidades de negociación diferentes a las del sector o la empresa, a lo que anticipamos desde ahora una respuesta negativa.

En este sentido, el propio precepto remite para la negociación del preceptivo acuerdo a los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1. Siendo así, en consonancia con la libertad de elección de la unidad de negociación, entendida ésta como el ámbito de aplicación al que se extiende la eficacia del convenio y que viene determinada conjuntamente por la combinación del ámbito funcional, -segmento del sistema productivo cuyas relaciones de trabajo se pretende regular-, territorial, -circunscripción geográfica a la que se contraen los efectos del convenio-, y personal, -grupo o categoría de trabajadores a los que se destina ésa regulación-<sup>452</sup>, la limitada referencia al sector y a la empresa debe sin duda interpretarse de manera amplia<sup>453</sup>, incluyendo igualmente comprensivo dentro del presupuesto legal la posible inaplicación del resto de convenios colectivos estatutarios expresamente amparados en norma.

En esta lectura, en lo que se refiere a los convenios colectivos supraempresariales<sup>454</sup>, la institución del art. 82.3 ET resultará aplicable a convenios de grupos de empresas, a convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación o a convenios sectoriales de franja.

En el supuesto de convenios con un ámbito de aplicación inferior a la empresa, la institución del descuelgue ex art. 82.3 ET aplicará igualmente en el supuesto de inaplicaciones de condiciones pactadas en convenios colectivos de centro de trabajo o en convenios colectivos negociados para trabajadores con perfil profesional específico dentro de la empresa<sup>455</sup>.

---

<sup>452</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimotercera edición, Ed. Tecnos, Madrid 2014, p. 368 y 369.

<sup>453</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 81.

<sup>454</sup> Pese a que la norma prescinde de la terminología supraempresariales a favor de convenios de sector, la norma incluiría a otros convenios supraempresariales como los subsectoriales, intersectoriales o profesionales, CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 81.

<sup>455</sup> En sentido contrario, excluyendo la posibilidad de inaplicación en convenios de centro, SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva”, en *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, RAMOS QUINTANA, Mª. I. (Dir.), GRAU PINEDA Mª. (Coord.), Editorial Bonarzo, Albacete, 1ª

Más allá incluso, cabría pensar en cualquier otra unidad de negociación posible siempre y cuando se cumpliera con los requisitos necesarios en lo concerniente a legitimidad negocial y procedimiento para conferir al producto resultante de la autonomía colectiva la naturaleza y eficacia jurídica de convenio estatutario.

El razonamiento es evidente. Si el objetivo del legislador con la potenciación de la institución del descuelgue en las últimas reformas laborales es el de posibilitar un instrumento para la adaptación de las condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos estatutarios, resultaría contraria a la más elemental lógica jurídica una interpretación restrictiva del precepto que limitara en sentido estricto la aplicabilidad de la institución exclusivamente a los convenios de empresa o sector, por mucho que la redacción literal conduzca a confusión.

En este sentido, tan convenio colectivo estatutario es el negociado a nivel de centro de trabajo, o a nivel “de franja” para trabajadores con un perfil profesional específico, o a nivel de grupo de empresa o de empresas vinculadas por razones productivas, como el negociado a nivel de empresa o de sector, resultando pacífico que el legislador no ha establecido en la norma una jerarquización entre convenios colectivos, ostentando todos ellos el mismo valor o eficacia siempre que se hubieran cumplido los requisitos en materia de legitimación y procedimentales para conferirles la naturaleza de estatutarios.

Si unos y otros proporcionan en su respectivo ámbito de aplicación una regulación abstracta y general de vocación idéntica a la de la norma jurídica, no tendría sentido que se regulara en el Título III, - dedicado al convenio colectivo estatutario en su conjunto-, una institución por la que se permitiera excepcionar la fuerza vinculante del convenio estatutario y que se limitara su aplicación sólo a determinados convenios en función de la unidad de negociación libremente elegida por las partes.

Por ello, a los efectos de evitar interpretaciones, quizá hubiera sido preferible una redacción de la norma en la que se hubiera previsto la aplicación del art. 82.3 ET a los convenios de ámbito supraempresarial y a los convenios de empresa o de ámbito inferior.

### *2.1.- La aplicabilidad de la institución del descuelgue ex art. 82.3 ET a los convenios de empresa y de ámbito inferior: el “autodescuelgue”*

Sentado lo anterior, la referencia expresa en la norma a la posibilidad de instar la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos de empresa en lo que concierne a la materia salarial constituye una importante novedad a partir de la reforma laboral de 2012. Novedad que, a estos efectos del descuelgue de convenio, supone la culminación del proceso de descentralización de la negociación colectiva hacia el ámbito de la empresa al que hemos hecho referencia en el Capítulo dedicado a la naturaleza jurídica de la institución.

En una necesaria perspectiva histórica, debemos recordar que no es sino hasta la promulgación de la reforma laboral del 2010 cuando el legislador introduce por vez primera de

---

Edición, Diciembre 2013, p. 116. El autor se apoya en el tenor literal de la norma que se refiere a convenios de sector y de empresa. Como hemos expuesto, en una interpretación integrada del Título II ET, no hay razón alguna para excluir de la figura del art. 82.3 ET a convenios expresamente previstos en el art. 87 ET.

manera expresa en la Ley la posibilidad de proceder al descuelgue en convenios colectivos de ámbito empresarial, el denominado “autodescuelgue”. Opción no obstante prevista en aquél momento exclusivamente para los descuelgues denominados “genéricos” del anterior art. 41.6 ET <sup>456</sup>.

A partir de la promulgación de la norma de urgencia en febrero de 2012, el legislador hace extensible como decimos el “autodescuelgue” también para la materia salarial tras la unificación y el encaje sistemático de la institución de la inaplicación en el actual art. 82.3 ET <sup>457</sup>.

La novedad resulta de trascendencia, no sólo porque hasta esa fecha la posibilidad de instar un “autodescuelgue” de convenio de empresa no era ni mucho menos una opción que pudiera entenderse implícita en la norma, -resultando incluso discutida entre la doctrina científica <sup>458</sup>-, sino, sobre todo, porque en ausencia de regulación legal expresa, tendía a asimilarse el supuesto del “autodescuelgue” con el de la negociación *ante tempus* del convenio colectivo, en una confusión que aún a día de hoy se sigue produciendo.

En este sentido, la posibilidad de negociación *ante tempus* del convenio colectivo antes de la finalización de su duración inicialmente convenida se venía aceptando de manera pacífica en la jurisprudencia del Supremo <sup>459</sup>, bajo el argumento de que la modificación de una norma por un

---

<sup>456</sup> Nueva redacción del art. 41.6. párr. 1º operada en art. 5 Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, B.O.E. nº 147, de 17 de junio: “*Cuando la modificación se refiera a condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III de la presente Ley, sean éstos de sector **o empresariales**, se podrá efectuar en todo momento por acuerdo, de conformidad con lo establecido en el apartado 4. Cuando se trate de convenios colectivos de sector, el acuerdo deberá ser notificado a la Comisión paritaria del mismo.*” (Negrita del que suscribe)

<sup>457</sup> Nueva redacción del art. 82.3 ET mediante art. 14 del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, B.O.E. nº 36 de 11 de febrero: “*Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector **o de empresa**, que afecten a las siguientes materias...*” (Negrita del que suscribe)

<sup>458</sup> Algunos autores expresamente se posicionaban en el sentido la imposibilidad de descuelgue en convenio de empresa, LAHERA FORTEZA, J.: “La modificación de condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos estatutarios”, *Relaciones Laborales*, nº 1 1997, p. 355. En otros términos, aún interpretando que la regulación del antiguo 41.2 3º antes de 2010 había sido pensada para los convenio sectoriales, no obstante se entendía su aplicación en los convenios de empresa pero, en caso de existir acuerdo, se concluía que se estaba ante un nuevo convenio de empresa que sustituía en este punto al anterior y no estrictamente ante un *descuelgue*, ALFONSO MELLADO, C.: “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en VV.AA. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 126

<sup>459</sup> En este sentido, Sentencia de fecha 30 de junio 1998, en recurso de casación número 2987/1997, Ponente Desdentado Bonete, F. J. 3º: “*La garantía de la estabilidad del convenio se logra, en primer lugar, a través de la regla de concurrencia que contiene el artículo 84.1 del Estatuto de los Trabajadores. Pero esta regla no es aplicable al caso, pues sólo establece una garantía para el convenio anterior frente a los «convenios de ámbito distinto», lo que además conduciría a la conclusión de que un convenio*

acto de contrario imperio posterior constituye el principio de modernidad en el que se funda la ordenación de la sucesión de las normas en los sistemas contemporáneos de fuentes del Derecho, al tratarse de los mismos sujetos negociadores, de la misma unidad negocial y de productos de la autonomía colectiva con el mismo rango legal. En consecuencia, no aplicaba la prohibición de concurrencia del art. 84 ET <sup>460</sup>.

Ahora bien, dicho esto, negociación *ante tempus* y descuelgue de convenio colectivo son instituciones que responden a una naturaleza completamente diferente, pese a la habitual confusión entre una y otra.

Así, mientras que en la negociación anticipada del convenio colectivo antes de su duración inicialmente convenida el producto negocial se sustituye íntegramente por otro nuevo, que podrá disponer del mismo en los términos que se pacten, en el descuelgue el convenio colectivo continúa vigente, adaptándose de manera temporal en alguna de sus condiciones para adecuarse a las exigencias empresariales habilitantes <sup>461</sup>.

Por otra parte, en el descuelgue de convenio nos encontramos ante una institución causal previa actualización de las razones habilitantes en la empresa. Presupuesto causal que, de conformidad con su naturaleza excepcional, precisamente va a permitir que se active a voluntad de una de las partes, lo que no sucede en el supuesto de la negociación *ante tempus* en el que se requiere la concurrente voluntad de ambas partes para instar la negociación al encontrarse el convenio colectivo en vigor <sup>462</sup>.

---

*durante su vigencia sí puede ser afectado sin ninguna limitación por otro del mismo ámbito. Esta conclusión es en lo esencial correcta, aunque debe matizarse. En realidad, la modificación de una norma por un acto de contrario imperio posterior constituye el principio de modernidad, en el que se funda la ordenación de la sucesión de las normas en los sistemas contemporáneos de fuentes del Derecho (artículo 2.2 del Código Civil). Esta regla rige también para la sucesión de los convenios colectivos estatutarios dentro del mismo ámbito. El artículo 82.3.1.º del Estatuto de los Trabajadores no dice otra cosa cuando señala que los convenios colectivos obligan «durante todo el tiempo de su vigencia», pues esa vigencia, como la de toda norma, puede terminar por la vía de la derogación por una norma posterior del mismo rango. Del artículo 41.2.3.º del Estatuto de los Trabajadores tampoco cabe deducir conclusión contraria, pues se trata de una regla sobre negociación de decisiones empresariales, no de disposiciones de carácter general... Es cierto que el convenio colectivo es norma temporal [artículos 85.3, b) y d) y 86 del Estatuto de los Trabajadores], pero ello no impide a las partes negociadoras que de común acuerdo puedan alterar el término de vigencia pactado como ocurre en cualquier acuerdo (artículo 1203 del Código Civil) o norma (artículo 2.2 del Código Civil)» En el mismo sentido, las sentencias de 21 de febrero de 2000, en recurso de casación 686/1999, Ponente Martínez Garrido, F.J. 3º, o la Sentencia de 18 de octubre de 2004, recurso de casación 191/2003, Ponente Gullón Rodríguez, F.J. 3º. Últimamente, Sentencia de 15 de septiembre de 2010, recurso de casación 18/2010, Ponente Agustí Juliá.*

<sup>460</sup> Recogiendo expresamente la mencionada jurisprudencia, LAHERA FORTEZA, J.: “El descuelgue salarial” en AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL-RRÉ, F.): *La reforma laboral de 2010* Ed. Reus, 2011.

<sup>461</sup> A mayor abundamiento, en el supuesto del descuelgue ni siquiera nos encontramos ante una modificación del convenio colectivo propiamente dicha: en este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M: “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-ley 10/2010”, *Relaciones Laborales*, nº 15-16 2010, pág. 8, “No se trata de una modificación del convenio colectivo, como expresa el texto del precepto, sino de la no aplicabilidad transitoria en la empresa o centro de trabajo, teniendo un plazo máximo de vigencia que no puede exceder de la propia vigencia del convenio colectivo”

<sup>462</sup> En este sentido, en el supuesto de la negociación *ante tempus*, al existir un convenio colectivo en vigor, la parte receptora de la solicitud puede negarse a la negociación por la causa legal de existir un

A mayor abundamiento, en el descuelgue de convenio, en ausencia de representación legal, se legitima para la negociación a las denominadas comisiones *ad hoc*, supuesto no extensible en modo alguno a la negociación *ante tempus* del convenio y que facilita enormemente la interlocución en pequeñas y medianas empresas habitualmente carentes de esta representación.

Por otro lado, de no existir acuerdo en el período de consultas, el legislador prevé en la norma una batería de medidas en la denominada “gestión del desacuerdo” tendentes al desbloqueo negocial y a la consecución del acuerdo que no resultan aplicables en los mismos términos para los supuestos de bloqueos en la negociación *ante tempus* del convenio colectivo. En este sentido, en último término es posible que el descuelgue se decida por un tercero en el supuesto de sometimiento del bloqueo negocial a la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos u órgano equivalente de comunidad autónoma a solicitud de una sola de las partes en conflicto, regulación heterónoma que en modo alguno resulta aplicable en la negociación *ante tempus* del convenio. En este último supuesto, la negociación podrá desembocar igualmente en un laudo, pero con el importante matiz en el sentido de que el árbitro siempre actuará previa suscripción del compromiso arbitral por las partes en conflicto, “en caliente”, o “en frío”.

A la vista de estas diferencias, no nos encontramos ante una previsión legal que pueda catalogarse como reiterativa <sup>463</sup>, al no deducirse de la anterior regulación legal la posibilidad de proceder a un “autodescuelgue” <sup>464</sup>. Más sin se tienen en cuenta que en el descuelgue sí que existe el deber de negociar, obligación que no existe en la revisión *ante tempus* <sup>465</sup>. Antes al contrario, la previsión expresa del “autodescuelgue” en la norma sin duda facilita la aplicabilidad de la medida de flexibilidad interna en convenios colectivos negociados en el ámbito empresarial <sup>466</sup>, constituyendo un nuevo avance en el proceso de potenciación de esta medida de flexibilidad interna.

---

convenio vigente de conformidad con el 89.1 2º ET, por lo que en estos términos la posibilidad de llevar a cabo de manera efectiva la renegociación del convenio va a quedar siempre a expensas del bloqueo o no de la contraparte a la que solicita la negociación. Por el contrario, en el supuesto de instarse un *descuelgue* del convenio colectivo, la contraparte receptora de la solicitud ya no podrá de inicio bloquear la negociación por el motivo de encontrarse el convenio vigente al estar en todo caso sometida a ése deber de negociación de buena fe que le impone la norma de manera expresa.

<sup>463</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en ESCUDERO, R. (coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid (Cinca), 2012, p. 45.

<sup>464</sup> No obstante, hay autores que entienden lo contrario, en este sentido, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 81.

<sup>465</sup> SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva”, en *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, RAMOS QUINTANA, Mª. I. (Dir.), GRAU PINEDA Mª. (Coord.), Editorial Bonarzo, Albacete, 1ª Edición, Diciembre 2013, p. 116.

<sup>466</sup> Hasta esta recepción expresa en la norma, y a salvo la voluntad de ambas partes para proceder a la revisión del convenio antes de su finalización, las posibilidades de descuelgues en convenios de

## 2.2.- La inaplicación de condiciones pactadas en convenios, pactos o acuerdos colectivos del sector público

En este recorrido por la materia de la aplicabilidad de la figura del descuelgue en función de la naturaleza o del ámbito de aplicación del convenio colectivo, debemos referirnos en último término a la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios, acuerdos o pactos colectivos de trabajadores adscritos al denominado, con carácter general, como sector público.

En esta materia, de partida debemos tener presente varias circunstancias que van a incidir en la aplicación de regímenes jurídicos diferentes. Por un lado, la adscripción del trabajador a Administración Pública<sup>467</sup> en el sentido técnico jurídico del término o a uno de los organismos o entidades dependientes de ella. Por otro, la propia naturaleza jurídica de la relación, funcional, estatutaria o laboral, que vincule al trabajador con su empleador público.

A estos efectos, en primer término, sector público y Administraciones Públicas no son conceptos equiparables en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto que no todos los organismos, entidades, consorcios, fundaciones, etc... pertenecientes al sector público en general van a ostentar la consideración de Administraciones Públicas<sup>468</sup>.

---

empresa con el anterior régimen jurídico quedaban ciertamente limitadas, al margen de soluciones más teóricas que prácticas al respecto de la posibilidad de instar la denuncia anticipada del convenio, situaciones referidas en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 210/1990, de 20 de diciembre en su F.J. 3ª, o la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2007 F.J. 4º apartado 3, incluso en esta última el Tribunal se refiere expresamente a este trámite como “...difícil cauce de revisión del Convenio Colectivo”.

<sup>467</sup> En esta acepción, nos referimos a la Administración Pública “en singular” en la pretensión de dotar a la expresión de un carácter global omnicompreensivo de la pluralidad de las Administraciones Públicas a que se refiere en sentido amplio el art. 2 del EBEP, SÁNCHEZ URÁN, Y.: “Responsabilidad social y ética “públicas” y relación laboral de empleo público”, *Los trabajadores de las Administraciones Públicas*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 93, año 2011, p. 77.

<sup>468</sup> En este sentido, van a tener la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, los organismos autónomos, las universidades públicas, las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad o las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas siempre que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. En sentido contrario, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales que no cumplan las condiciones que acabamos de señalar, los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales, las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de Administraciones Públicas sea superior al 50 por 100, los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local, las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades

En segundo lugar, y refiriéndonos ya en exclusiva al ámbito de las Administraciones Públicas, no todos sus empleados van a mantener una relación de la misma naturaleza jurídica con su empleador, debiendo diferenciar a estos efectos entre personal laboral y personal funcionario.

En este sentido, al personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, de las Administraciones de las Entidades Locales, de los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas o de las Universidades Públicas, además de la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables, se les va a aplicar aquéllos preceptos del Estatuto Básico del Empleado Público que así lo dispongan <sup>469</sup>. Por el contrario, al personal funcionario le será de aplicación en exclusiva la normativa estatutaria contenida en la normativa reguladora de los empleados públicos.

Siendo así, a la hora de analizar la normativa reguladora aplicable en un hipotético descuelgue de condiciones pactadas en convenios colectivos aplicables al personal adscrito al sector público, debemos diferenciar entre tres colectivos diferentes.

Por un lado, personal funcionario, que se regirá por su normativa propia estatutaria, el Estatuto Básico del Empleado Público.

Por otro, personal laboral adscrito a cualquiera de las Administraciones Públicas en el sentido especificado en la norma de carácter administrativo, que se regirá por el ordenamiento laboral más, en lo que corresponda, por la normativa contenida en el Estatuto Básico del Empleado Público <sup>470</sup>.

Por último, personal laboral contratado por entidades públicas empresariales que no cumplan con las condiciones para ser consideradas Administración Pública en el sentido estricto y jurídico del término, es decir, por organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales, por sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de Administraciones Públicas sea superior al 50 por 100, consorcios dotados de personalidad jurídica, fundaciones del sector público, por Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o contratados por cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la

---

Profesionales de la Seguridad Social o cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia -Art. 3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público-.

<sup>469</sup> Art. 2.1 en relación con el art. 7 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>470</sup> Art. 32 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

mitad de los miembros de su órgano de administración, trabajadores que se regirán por la normativa laboral común.

Siendo así, en lo que se refiere a los funcionarios públicos, ninguna duda se plantea en relación a la inaplicabilidad de la institución prevista en el art. 82.3 ET pues, en materia de negociación colectiva de los funcionarios públicos, -establecida, valga recordar, como principio general en la norma <sup>471</sup>-, el legislador ha previsto en la normativa estatutaria un mecanismo específico para proceder a la suspensión o modificación de los pactos y acuerdos aplicables a este personal <sup>472</sup>. Mecanismo basado en la decisión unilateral del órgano de gobierno de la Administración en circunstancias excepcionales en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

En lo que concierne al personal laboral adscrito a alguna de las Administraciones Públicas, hasta las reformas del 2012, descartada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo la aplicabilidad del supuesto del art. 38.10 del EBEP como cauce hábil para dejar sin efecto un convenio colectivo o parte de él aplicable al personal laboral <sup>473</sup>, se planteaban ciertas dudas en relación a la posibilidad de aceptar un descuelgue salarial con amparo en la previsión contenida en el régimen laboral común. Por un lado, porque en el ámbito de las Administraciones Públicas podía cuestionarse la propia concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. Por otro, porque hasta febrero de 2012, no se encontraba prevista en la Ley la posibilidad de proceder al “autodescuelgue” en materia salarial <sup>474</sup>.

En esta tesitura, la reforma laboral de febrero de 2012 introdujo dos cambios que podían amparar la aplicabilidad de la institución del descuelgue ex art. 82.3 ET en el ámbito del

---

<sup>471</sup> Art. 31 y ss de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>472</sup> En este sentido, en el art. 38.10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público se establece lo siguiente: “10. Se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.”

<sup>473</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 21 de mayo de 2013, en recurso de casación 55/2012, Ponente Jordi Agusti Julia, F.J. 5º apartado 3, confirmando criterio en Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La-Mancha de 28 de febrero de 2012, en procedimiento nº 6/2012: “Lo que realmente plantea el motivo -aunque la recurrente no lo quiere expresar con claridad- es si la vía del artículo 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) es cauce hábil para dejar sin efecto o vacío de contenido un convenio colectivo o parte del mismo, mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, en el presente caso el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 2011; y esta cuestión, ha sido ya resuelta en sentido negativo por esta Sala -como sin duda conoce la recurrente, y de ahí que no plantee la cuestión con claridad- en las sentencias de 28 de septiembre de 2011 (recurso casación 25/2011) y 14 de noviembre de 2012 (recurso casación 241/2011), dictadas en asuntos análogos al que es aquí objeto de enjuiciamiento. Los razonamientos de estas sentencias al respecto son los siguientes: ... C) Lo cierto es, sin embargo, que contrariamente a lo que se aduce por la recurrente, el apartado 10 del artículo 38 del EBEP no ampara la desvinculación de lo pactado en un Convenio Colectivo suscrito por la Administración y su personal laboral.”

<sup>474</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, págs. 397



personal laboral de las Administraciones Públicas, incluido el salarial. En primer término, se superaba la limitación en cuanto a la inaplicación salarial en convenios de empresa. En segundo lugar, se admitió expresamente la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas en este ámbito, que no las productivas, al preverse la aplicación del despido colectivo por estas razones al personal laboral de las Administraciones Públicas <sup>475</sup>. Desde esta perspectiva, amparada esta posibilidad en el supuesto de medidas de flexibilidad externa, parecería lógico igualmente mantener su aplicación en el supuesto de medidas de flexibilidad interna, en principio menos traumáticas <sup>476</sup>.

No obstante, el debate queda zanjado a partir de la promulgación en julio de 2012 de norma de urgencia por la que se establecen determinadas medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad <sup>477</sup>, medidas entre las que se incluye la incorporación de regulación específica en materia de negociación colectiva en la normativa estatutaria aplicable al personal laboral <sup>478</sup>.

---

<sup>475</sup> Disposición adicional vigésima, párrafo segundo, -Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público- en redacción dada por la disposición adicional segunda de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, : *“... A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, entendiendo como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.”*

<sup>476</sup> Como señala CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTROYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 398, *“Admitida en estos términos la posibilidad de despedir parece tener poco sentido que el silencio del legislador sobre el particular impida la menos traumática inaplicación temporal del convenio en algunas materias, máxime si se presenta como alternativa al despido”*. No obstante, con acierto se apunta que el criterio de que “quien puede lo más, puede lo menos”, quizá en este supuesto podría no resultar aplicable desde la perspectiva de que esta posibilidad se ha excluido expresamente en el supuesto del art. 47 ET, en este sentido, SEMPERE, A.V. y MARTÍN, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012* (estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 206.

<sup>477</sup> Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, B.O.E. de 14 de julio.

<sup>478</sup> Párrafos 2.º y 3.º del artículo 32 introducidos por el artículo 7 del Real Decreto Ley 20/2012: Artículo 32 Negociación colectiva, representación y participación del personal laboral: *“La negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación”* -párr. 1º- *“Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público”* -párr. 2º- *“En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación.”* -párr. 3º-

A partir de la citada norma, no cabe duda de que el art. 82.3 ET no resultará tampoco de aplicación al personal laboral contratado por las Administraciones Públicas <sup>479</sup>, que no al de todo el personal del sector público, insistimos. En este sentido, incluso en la propia normativa reglamentaria de desarrollo de las funciones decisorias de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en la gestión del desacuerdo en los períodos de consultas en descuelgues ex art. 82.3 ET, el legislador expresamente va a confirmar la dualidad de regímenes jurídicos aplicables, en función de que nos encontremos ante convenios colectivos o acuerdos que regulen condiciones de trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas, -que se regirán por la normativa propia del Estatuto Básico del Empleado Público- <sup>480</sup>, o de condiciones de trabajo pactadas en convenios aplicables al personal de entidades públicas empresariales, sociedades estatales, consorcios, fundaciones del sector público estatal y entidades de análoga naturaleza, -que se regirán por la normativa laboral común contenida en el art. 82.3 ET y sus normas de desarrollo <sup>481</sup>-.

De este modo, la “nueva” previsión legal aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas <sup>482</sup>, permite superar las dificultades derivadas de la aplicación de un doble régimen diferenciado para el personal laboral y funcionario desde la perspectiva del reconocimiento legal en el Estatuto Básico del Empleado Público de la negociación colectiva “conjunta” para

---

<sup>479</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 71 y 72.

<sup>480</sup> Problemático no obstante el supuesto, no infrecuente en la práctica sobre todo en el ámbito de la administración local, de aplicación al personal de convenios sectoriales. En todo caso, a nuestro juicio, a pesar de no haber sido negociados por la Administración, creemos que en una interpretación finalista de la norma, dada la superior jerarquía normativa de la Ley respecto del convenio objeto de inaplicación, la aplicación del precepto del art. 32 del EBEP encontraría soporte tanto desde la perspectiva de la legalidad ordinaria como de la constitucional.

<sup>481</sup> Disposición adicional tercera -Régimen de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas-, del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *“El ejercicio de las funciones decisorias atribuidas en el Capítulo V a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos no se extenderá a aquellos convenios o acuerdos colectivos que regulen condiciones de trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas, a los que resulta de aplicación la regulación específica sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos establecida en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en dicho capítulo V a las entidades públicas empresariales, a las sociedades estatales, consorcios, fundaciones del sector público estatal y entidades de análoga naturaleza, facultándose a los Ministerios de Empleo y Seguridad Social y de Hacienda y Administraciones Públicas a dictar cuantas disposiciones sean necesarias en relación con la aplicación de las funciones decisorias de la Comisión a dichas entidades.”*

<sup>482</sup> *“Se trata de un mecanismo ya existente en el ámbito de la negociación colectiva dirigida a los funcionarios públicos. Lo que se hace ahora es trasladar con un mimetismo cuasi pleno la fórmula funcionarial para el ámbito del personal laboral”, CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 117/2012, pág. 51.*

personal laboral y funcionario, no en cuanto sistema unitario de negociación colectiva de los empleados públicos sino en tanto manifestación más del sistema dual de negociación <sup>483</sup>.

En este sentido, la aplicación del art. 82.3 ET al personal laboral de las Administraciones Públicas se presentaba como claramente insuficiente <sup>484</sup>, no sólo porque se hacía necesaria una fórmula que permitiera modificar de forma simultánea y homogénea las condiciones previstas para ambos colectivos, sino también porque la aplicación del descuelgue ex art. 82.3 ET no garantizaba que la modificación de las condiciones de trabajo se pudiera llevar a cabo en los términos inicialmente propuestos por la Administración, como así sucedía respecto del personal funcionario <sup>485</sup>.

Sentado lo anterior, y analizando ya en concreto la previsión legal, el procedimiento específico de suspensión o modificación de los convenios colectivos o acuerdos aplicables aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas, -regulado en los mismos términos que el aplicable para el personal funcionario-, se presenta en la norma con un cualificado contraste con respecto al procedimiento previsto en el art. 82.3 ET, desde la perspectiva de que la decisión va a ser unilateral de la Administración <sup>486</sup>, habilitándose de forma genérica al poder

---

<sup>483</sup> A este respecto, se puede consultar trabajo de RODRÍGUEZ VERA, E.: "La negociación colectiva de los empleados públicos", en *Los trabajadores de las Administraciones Públicas*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 93, año 2011, págs. 167 a 210.

<sup>484</sup> Desde un punto de vista práctico, se apuntan como razones para la inaplicabilidad del supuesto del 82.3 ET al personal laboral de las Administraciones Públicas las siguientes razones: primera, nos movemos en un ámbito donde prácticamente no existen convenios sectoriales, por lo que la institución carece en las más de las ocasiones de funcionalidad práctica; segunda, la definición de causas justificativas, más allá de la formalidad legal, pone de manifiesto que aquéllas se conciben y están previstas para ser aplicadas al sector privado de las relaciones laborales, con difícil adaptación al ámbito de la Administración Pública; tercera, los trámites procedimentales previstos para habilitar el mecanismo de descuelgue en la legislación laboral tampoco son los más idóneos para dar respuesta a las pretensiones que pudieran manifestar las Administraciones a estos efectos, textualmente, CRUZ VILLALÓN, J.: "El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas", *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 117/2012, págs. 40 y 41.

<sup>485</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo", en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 399.

<sup>486</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: "Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012", *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 52 y 53, "Se trata de un procedimiento específico de descuelgue de condiciones de trabajo para el conjunto del sector público, que para el caso concreto del personal laboral se presenta como un mecanismo asimilado al del descuelgue propio del Estatuto de los Trabajadores. Eso sí, con un cualitativo contraste en el canal procedimental de descuelgue: en un caso remitido a la decisión unilateral de las Administración Pública como poder público, mientras que en el otro caso sometido a un mecanismo de arbitraje, primero voluntario y después obligatorio".

ejecutivo, central, autonómico y local, para que, por vía de acuerdo específico <sup>487</sup>, adopte la medida suspensiva o modificativa <sup>488</sup>.

Más allá de la unilateralidad en la toma de la decisión, poco se refiere en la norma en lo referente a la tramitación del procedimiento, al margen de la obligación de informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación, sin que se especifique tampoco el momento en que debe hacer efectiva esa obligación. Por lo tanto, no se deduce del tenor literal de la norma la obligatoriedad de consulta previa.

Desde una óptica puramente semántica, los términos utilizados por el legislador en la redacción del supuesto legal con la utilización de las expresiones “*suspendan o modifiquen*” plantean dudas a estos efectos <sup>489</sup>. Mientras que con la utilización del verbo suspender no parece que puede cuestionarse que la cesación de los efectos jurídicos del acuerdo, pacto o convenio va a ser temporal, esta temporalidad no resulta ni mucho menos deducible en el supuesto de utilización del verbo modificar. No obstante, en una interpretación lógica del precepto, finalista, y acorde con las excepciones de los presupuestos legales habilitantes y la fuerza vinculante del convenio colectivo, entendemos que nos encontramos ante una suspensión temporal y limitada a la pervivencia de esos presupuestos excepcionales, pese a la no muy afortunada redacción legal, temporalidad que deberá precisarse en todo caso con exactitud en el acto administrativo por el que se acuerde la inaplicación del convenio <sup>490</sup>. En este sentido, de seguirse esta interpretación, la institución del art. 32 ó 38 del EBEP se equipararía en cuanto a su carácter temporal con la prevista en el art. 82.3 ET.

En lo que respecta al presupuesto legal habilitante para la aplicación del procedimiento del art. 32 ó 38 del EBEP <sup>491</sup>, se deduce de la lectura de la norma la necesidad de unas circunstancias

---

<sup>487</sup> El término acuerdo debe ser por tanto entendido como decisión adoptada unilateralmente por el órgano competente y no como resultado de un proceso negociador.

<sup>488</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 117/2012, pág. 52.

<sup>489</sup> Desde cierto sector, partiendo de los diferentes efectos entre suspensión o modificación, se aduce que el legislador intenta presentar la medida como menos drástica, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, 34, “El RDL 20/2012 habla indistintamente de “suspender” y de “dejar de tener efectos”, como queriendo dar a entender que no se derogan las normas colectivas afectadas, sino que simplemente dejan de aplicarse. Las diferencias entre ambas vías son, sin embargo, notorias, en tanto cuando se suspende algo siempre puede volver a tener efectos, algo que no ocurre cuando directamente se priva de efectos a una norma sin más indicaciones. En todo caso, da la impresión de que se quiere evitar la imagen de una medida demasiado drástica, y se intenta presentarla como algo provisional”

<sup>490</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 117/2012, pág. 53 y 54.

<sup>491</sup> Disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad: “A los efectos de lo previsto en el artículo 32 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de equilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”.

incluso más excepcionales que las que se plantean en el art. 82.3 ET <sup>492</sup>, circunstancias vinculadas al interés público cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit <sup>493</sup>. Probablemente la unilateralidad en la toma de la decisión también tenga que ver algo en la mayor exigencia causal.

No obstante, los supuestos de inaplicación de condiciones pactadas en convenios colectivos en lo que se refiere a los empleados públicos no se agotan en los mecanismos de suspensión o modificación de acuerdos, pactos o convenios colectivos previstos en los arts. 32 y 38 del EBEP. De este modo, la previsión legal presenta claras coincidencias con las medidas de ajuste y reequilibrio de las cuentas públicas para asegurar la estabilidad presupuestaria tras modificación del art. 135 CE <sup>494</sup>.

En este sentido, en el contexto de las numerosas y reiteradas medidas de control y reducción del déficit público llevadas a cabo en los últimos años, diferentes normas de urgencia han incidido de manera directa en la reducción de los salarios de los empleados públicos con el efecto automático de modificación de lo pactado en convenio colectivo <sup>495</sup>, bien mediante el establecimiento de modificaciones presupuestarias, bien de limitaciones expresas a la negociación colectiva en determinadas condiciones de trabajo.

Exponente máximo de la primera manifestación lo constituye la norma de urgencia aprobada por el Gobierno en mayo de 2010 por la que se decretó la reducción de la masa salarial del sector público en un cinco por ciento en términos anuales <sup>496</sup>, hasta el punto de haberse

---

<sup>492</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Artículo 38. Pactos y acuerdos”, en PALOMAR OLMEDO, A., SEMPERE NAVARRO, A.V., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público*, Thomson Reuters, 2012, 380.

<sup>493</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 401.

<sup>494</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 72 y 73: “Existen claras coincidencias entre las “medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público” a las que alude el precepto y las expresiones que se utilizan en el art. 135 CE tras su modificación en la reforma constitucional de 2011; concomitancia que se incrementa si se echa un vistazo superficial a los contenidos de la LO 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”

<sup>495</sup> “Como puede fácilmente constatarse, este tipo de medidas de modificación presupuestaria provocan un efecto inmediato de debilitamiento de lo pactado vía convenio colectivo y, a la postre, son un mecanismo directo de inaplicación del contenido del convenio colectivo. Dicho de otro modo, la modificación presupuestaria se presenta como un mecanismo de mayor calado que los procedimientos de descuelgues de condiciones pactadas en convenio colectivo, si bien al propio tiempo despliegan función idéntica a la del descuelgue salarial, de modo que lo hacen innecesario”, CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 117/2012, págs. 44 y 45.

<sup>496</sup> Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueban medidas extraordinarias de reducción del déficit público, B.O.E de 24 de mayo, en cuyo art. 1.Dos, se da una nueva redacción al apartado Dos del artículo 22 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, disposiciones encaminadas a reducir, “con criterios de progresividad” según se anuncia en la Exposición de Motivos, la masa salarial del sector público en un 5 por ciento en términos anuales: “La masa salarial del personal laboral del sector público definido en el apartado Uno de este

planteado numerosas cuestiones de inconstitucionalidad contra la citada previsión legal <sup>497</sup>. No obstante, en cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra la citada norma de urgencia <sup>498</sup>, partiendo de la premisa de que la intangibilidad o inalterabilidad no puede identificarse, ni, en consecuencia, confundirse con la fuerza vinculante del convenio colectivo, pues del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida <sup>499</sup>, debiendo respetar y someterse el convenio colectivo no sólo a la Ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario <sup>500</sup>, el Pleno del Tribunal Constitucional concluye que *“los preceptos legales cuestionados no suponen una «afectación» en el sentido constitucional del término, del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, en cuanto ni regulan el régimen general de dicho derecho, ni la intangibilidad del convenio colectivo se configura como uno de sus elementos esenciales, por lo que no han franqueado el límite material que al decreto-Ley impone el art. 86.1 CE de no afectar a los derechos, deberes y libertades del título I CE”* <sup>501</sup>, acordando la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad a la vista de lo

---

*artículo experimentará la reducción consecuencia de la aplicación a este personal, con efectos de 1 de junio de 2010, de una minoración del 5 por ciento de las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos que integran la nómina y que les corresponda percibir según los convenios colectivos que resulten de aplicación, a excepción de lo que se refiere a la paga extraordinaria del mes de junio de 2010 a la que no se aplicará la reducción prevista en el presente apartado. En el supuesto en que a 1 de junio de 2010 no hubiera finalizado la negociación colectiva para aplicar el incremento retributivo establecido en el artículo 22.Dos.A) de esta ley, la minoración del 5 por ciento sobre los conceptos retributivos a que se refiere el párrafo anterior se aplicará sobre las actualizadas a 1 de enero de 2010 de acuerdo con los incrementos previstos en las correspondientes leyes de presupuestos. Sin perjuicio de la aplicación directa e individual en la nómina del mes de junio de 2010 de la reducción a que se refieren los párrafos anteriores, la distribución definitiva de la misma podrá alterarse en sus ámbitos correspondientes mediante la negociación colectiva sin que, en ningún caso, de ello pueda derivarse un incremento de la masa salarial como consecuencia de la aplicación de las medidas recogidas en los puntos anteriores”.*

<sup>497</sup> Se puede consultar a estos efectos artículo de NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “La inadmisión por el Tribunal Constitucional de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el Real Decreto Ley 8/2010 por la rebaja de las retribuciones de los empleados públicos”, *Aranzadi Social* paraf. 60/2011 parte Presentación, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2011, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), o DE LA IGLESIA AZA, L.: “Modificación sustancial de condiciones laborales. La reducción salarial mediante el Real Decreto-Ley 8/2010”, *Aranzadi Social* paraf. 73/2012 (Presentación), [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\116.

<sup>498</sup> Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 8173/2010 planteada mediante Auto de fecha de 28 de octubre de 2010 dictado por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional respecto de los arts. 22.4 y 25 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2010, en la redacción dada por el art. 1 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, por posible vulneración de los arts. 7, 28.1 y 37.1 CE, y de la disposición adicional novena del citado Real Decreto-Ley 8/2010, por posible vulneración del art. 14 CE en lo relativo a la reducción de la masa salarial del personal laboral del sector público como medida extraordinaria para reducción del déficit.

<sup>499</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 210/1990, de 20 de diciembre, F.J. 2º y 3º, Ponente Francisco Tomás y Valiente.

<sup>500</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional número 177/1988, de 10 de octubre, F. 4; número 171/1989, de 19 de octubre, F. 2; número 92/1994, de 21 de marzo, F. 2; y número 62/2001, de 1 de marzo, F. 3; Auto del Tribunal Constitucional número 34/2005, de 31 de enero, F.J. 5

<sup>501</sup> Auto del Tribunal Constitucional, Pleno, número 85/2011, de fecha 7 de junio, en cuestión de inconstitucionalidad 8173/2010.

infundado de la pretensión de conformidad con una reiterada doctrina constitucional al respecto <sup>502</sup>.

En todo caso, aún reafirmada la constitucionalidad de la medida bajo el criterio constitucional de la preferencia jerárquica de la ley sobre la autonomía colectiva, no hay duda en el sentido de que, en la práctica, estas normas de urgencia dictadas en el contexto de contención y reducción del déficit público, indirectamente constituyen mecanismos de inaplicación de condiciones de trabajo contenidas en acuerdos, pactos o convenios colectivos en el ámbito del sector público al margen de los mecanismos previstos en los arts. 32 y 38 del EBEP.

En segundo lugar, más allá de las modificaciones presupuestarias, el Gobierno ha hecho uso de otras vías, también mediante normas de urgencia, imponiendo topes máximos en la negociación colectiva en lo que se refiere a determinadas condiciones pactadas en convenios colectivos aplicables al personal adscrito al sector público.

En este sentido, exponente de esta situación la norma de urgencia promulgada en julio de 2012 por la que se establecieron determinadas medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria <sup>503</sup>. Entre otras, la supresión de la paga extra de diciembre del personal del sector público <sup>504</sup>; o la modificación de los arts. 48 y 50 del EBEP, en lo que se refiere a los

---

<sup>502</sup> En similares términos, Auto del Tribunal Constitucional 101/2011, de 5 de julio, en cuestión de Inconstitucionalidad núm. 8940/2010; Auto del Tribunal Constitucional 104/2011, de 5 de julio, en cuestión de Inconstitucionalidad núm. 554/2011; Auto del Tribunal Constitucional 179/2011, de 13 de diciembre, en cuestión de Inconstitucionalidad núm. 2298/2011; Auto del Tribunal Constitucional 180/2011, de 13 de diciembre, en cuestión de Inconstitucionalidad núm. 3067/2011; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3/2011, de 16 de marzo, en procedimiento 54/2010. A mero título ilustrativo, y a la vista de la curiosa interpretación de lo que la Sala considera como una invasión por parte de la Comunidad Autónoma en competencias del Estado en materia laboral, en sentido contrario se puede consultar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1177/2011, Sección 1ª, de fecha 18 de febrero de 2011, en procedimiento 19/2010.

<sup>503</sup> Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, B.O.E de nº 168 de 14 de julio,

<sup>504</sup> El Pleno del Tribunal Constitucional, entre otras, por Providencia de 10 de septiembre de 2013, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 3642/2013, en relación con los artículos 2.2 y 6 del R.D.Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su aplicación al personal laboral del sector público, por posible vulneración del artículo 9.3 de la Constitución («B.O.E.» 20 septiembre), por Providencia de 3 de diciembre de 2013, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6522-2013, en relación con el artículo 2.2 del R.D.-ley 20/2012, por posible vulneración de los artículos 9.3, 86.1, 149.1.13, 149.1.18 y 156.1 de la Constitución («B.O.E.» 11 diciembre), por providencia de 11 de febrero de 2014, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 7491-2013, en relación con el artículo 2.1 y 2.2.º 2.1 del Real Decreto-ley 20/2012, por posible vulneración de los artículos 9.3 y 33.3 de la CE («B.O.E.» 15 febrero), por Providencias de 22 de julio de 2014, ha acordado admitir a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad números 4108-2014, 4552-2014 y en el procedimiento de conflictos colectivos número 1129/2013 y 4579-2014, en relación con los artículos 2.2 y 6, en su aplicación al personal laboral del sector público, por posible vulneración del artículo 9.3 de la Constitución («B.O.E.» 26 julio), por Providencias de 4 de noviembre de 2014, ha acordado admitir a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad núm. 5344-2014 y 5794-2014, en el procedimiento sobre conflicto colectivo núm. 1126/2013, en relación con los arts. 2.2 y 6, por posible vulneración del artículo 9.3 de la Constitución («B.O.E.» 7 noviembre).

permisos adicionales <sup>505</sup>; o en materia de vacaciones de los funcionarios públicos, quedando suspendidos y sin efecto los acuerdos, pactos y convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza de conformidad con lo preceptuado en el art. 8.3 del mencionado Real Decreto Ley <sup>506</sup>; o establecimiento de máximos en cuanto a los complementos por incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismos y entidades dependientes de las mismas y órganos constitucionales de acuerdo con determinados límites <sup>507</sup>; o reducción a partir de 1 de octubre de 2012 de determinados créditos y permisos sindicales establecidos en acuerdos para personal funcionario y estatutario contemplados en los convenios colectivos y acuerdos para el personal laboral suscritos con representantes u organizaciones sindicales cuyo contenido excediera de los establecidos en el ET, en la Ley Orgánica de Libertad Sindical y en el EBEP, dejando de tener validez y surtir efectos todos los pactos, acuerdos y convenios colectivos que en esta materia hubieran podido suscribirse y que excedieran de dicho contenido <sup>508</sup>. En este sentido, en el propio articulado de la norma de urgencia se prevenía expresamente la suspensión de los acuerdos pactos y convenios para el personal del sector público suscritos por las Administraciones públicas y sus organismos y entidades que contuvieran cláusulas que se opusieran a lo dispuesto en la misma <sup>509</sup>, por lo que no resulta cuestionable la incidencia de este mecanismo en materia de negociación colectiva.

En todo caso, y pese a las numerosas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra las previsiones contenidas en la norma de urgencia de julio de 2012, no parece aventurado deducir el pleno ajuste constitucional de este tipo de medidas desde la perspectiva de la aplicación del principio de jerarquía normativa en la doctrina del Tribunal Constitucional, no

---

<sup>505</sup> El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 2 de diciembre 2014, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6423-2014, en relación con el artículo 8.1 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, por posible vulneración de los artículos 149.1.13.ª, 149.1.18.ª y 156.1 de la CE, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.c) LOTC, reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión («B.O.E.» 6 diciembre).

<sup>506</sup> En este sentido, se han admitido cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra, entre otros, el art. 8 del R.D.-ley 20/2012: por Providencia de 30 de octubre de 2012, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 5741/2012, contra los artículos 8, 27 y 28 («B.O.E.» 9 noviembre); recurso de inconstitucionalidad número 1983-2013, («B.O.E.» 13 mayo); por providencia de 21 de mayo 2013, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 2218-2013, («B.O.E.» 3 junio);

<sup>507</sup> Art. 9 del Real Decreto Ley 20/2012, en relación con las disposición adicional 18ª del mismo cuerpo legal.

<sup>508</sup> El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 21 de mayo 2013, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 2218-2013, entre otros, contra el art. 10 del Real Decreto-ley («B.O.E.» 3 junio).

<sup>509</sup> Art. 16 del Real Decreto Ley 20/2012: *“Se suspenden y quedan sin efecto los acuerdos, pactos y convenios para el personal del sector público definido en el artículo 22 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos generales del Estado, suscritos por las Administraciones públicas y sus organismos y entidades que contengan cláusulas que se opongan a lo dispuesto en el presente título.”*



derivando del art. 37 CE la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal<sup>510</sup>.

No obstante, a mayor abundamiento, desde algún sector doctrinal se ha apuntado también la posible vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE desde la perspectiva la diferente posición en que se coloca a la negociación colectiva del sector público con respecto a la del sector privado, incluso la posible invasión por una norma de urgencia del espacio regulado en la Ley Orgánica de Libertad Sindical a propósito de las cuestiones relativas al crédito y permisos sindicales<sup>511</sup>.

Volviendo al tema de la aplicabilidad o no del art. 82.3 ET en el supuesto de acuerdos o pactos concertados en el sector público, la conclusión no puede ser otra por lo tanto que la de la inaplicabilidad de la institución del descuelgue ex art. 82.3 ET a los convenios del personal funcionario y del personal laboral adscrito a alguna de las Administraciones Públicas en el sentido jurídico del término, al haber previsto el legislador unos mecanismos específicos de suspensión o modificación de los pactos, acuerdos o convenios colectivos de este personal que se encuentra regulado en los artículos 32 y 38 del EBEP. Mecanismo propio que, en el actual contexto de crisis económica y contención del déficit público, convive a su vez con determinadas medidas por las que, bien por la vía de la modificación presupuestaria, bien por la vía del establecimiento de determinados máximos de negociación, el propio legislador incide igualmente sobre la materia de la negociación colectiva del personal empleado público. De este modo, tan sólo al personal no funcionario y al personal laboral del sector público no comprendido en el ámbito de la Administración Pública, le resultará de aplicación la normativa prevista en el Título III del ET.

En todo caso, resulta necesario efectuar un último apunte en relación con la aplicación del procedimiento de descuelgue ex art. 82.3 ET en el ámbito del sector público en aquéllos supuestos de organismos no insertos estrictamente dentro del campo de lo que entendemos como Administración Pública. En este sentido, y precisamente como consecuencia del actual contexto de aplicación de políticas de contención del gasto público y de reducción del déficit público, a la hora de negociar la inaplicación, dada la peculiaridad de los organismos vinculados o dependientes del sector público, -que como sabemos se encuentran sometidos en su actuación al principio de legalidad-, es posible la autonomía de la voluntad de las partes quede en algún momento limitada por la previa exigencia “fiscalización” de los posibles acuerdos<sup>512</sup>. En todo caso, no parece que en este sentido se vayan a presentar excesivos

---

<sup>510</sup> En este sentido, Sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional número 175/2013 de fecha 4 de octubre de 2013, en recurso 252/2013, Ponente María del Carmen Prieto Fernández, Sentencia 82/2014 de 28 de abril de 2014 en recurso 42/2014, Ponente José Pablo Aramendi Sánchez, y Sentencia 83/2014, mismo Ponente y fecha, en recurso 43/2014, todas ellas a propósito de supresión de complemento de incapacidad temporal.

<sup>511</sup> En este sentido, se puede consultar argumentación en CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 117/2012, págs. 48 y ss.

<sup>512</sup> En esta línea, si bien no exactamente ante una medida de descuelgue, se apunta en el razonamiento efectuado en la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del [Tribunal Supremo en fecha 18 Feb. 2014, en recurso 59/2013. Ponente Moliner Tamborero.](#)

problemas desde la perspectiva de que con la inaplicación precisamente la tendencia será la contraria, excepcionar la aplicación de determinadas condiciones de trabajo renegociándolas temporalmente *in peius*.

### CAPÍTULO III.- PRESUPUESTOS LEGALES DEL DESCUELQUE: EXIGENCIA CAUSAL Y MATERIAS MODIFICABLES

#### 1.- LAS CAUSAS HABILITANTES PARA LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO

##### 1.1.- La concepción de las causas en la norma

##### 1.1.1.- La actualización del presupuesto causal como requisito habilitante y condicionante para el descuelgue

Como venimos apuntando a lo largo del presente trabajo, la institución del descuelgue de convenio colectivo se perfila en la Ley como un mecanismo excepcional por el que, a través del correspondiente acuerdo o decisión sustitutiva en su caso, se deroga temporalmente y en la materia concreta objeto de inaplicación la regla general de la eficacia del convenio, entendida ésta como la aplicación automática, imperativa e inderogable del producto de la autonomía colectiva a todos los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Siendo así, al tratarse de una figura que se presenta legalmente como excepción a la regla general, -excepcionalidad que sin duda alguna debe servir de guía para interpretar y aplicar la institución<sup>513</sup>-, el legislador exige en la propia norma como presupuesto para su puesta en marcha la previa concurrencia en la empresa de determinadas razones concretadas en las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción<sup>514</sup>. Presupuestos legales que, en una interpretación lógica, deberán actualizarse en el momento de iniciarse el procedimiento de inaplicación<sup>515</sup>.

---

<sup>513</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 13: “Lo primero que cabe decir es que se nos presenta como un régimen excepcional, un mecanismo que deroga la regla general apenas establecida sobre la eficacia del convenio”, excepcionalidad que “debe servir de guía también para interpretar y aplicar ésta”.

<sup>514</sup> Art. 82.3 ET en redacción dada por el apartado cinco del artículo 9 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, B.O.E. de 1 marzo: “3. Los Convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias: ...”

<sup>515</sup> En este sentido, y a propósito de una medida de despido colectivo, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sala General, de fecha 26 de junio de 2014, en recurso de casación 219/2013, ponente Jordi Agustí Julia.

Por lo tanto, en una primera afirmación<sup>516</sup>, con la redacción literal de la norma la actualización de las causas en la empresa se constituye en presupuesto habilitante y condicionante para la puesta en marcha del procedimiento de descuelgue<sup>517</sup>.

No obstante esta conclusión, a partir de febrero de 2012, el legislador incorpora en la redacción del art. 82.3 ET determinada “presunción” a favor de la concurrencia de las causas en aquéllos procedimientos de descuelgue en que se hubiera alcanzado un acuerdo en el período de consultas, limitando su control judicial a las razones tasadas del fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

En consecuencia, resulta necesario valorar en qué medida esta nueva previsión legal puede incidir o no en nuestra primera afirmación en cuanto a que la constatación de las causas se constituye en presupuesto habilitante y condicionante para el descuelgue. En definitiva, si el papel asignado al acuerdo alcanzado en el período de consultas puede primarse hasta el punto de desvirtuar la propia naturaleza causal de la institución<sup>518</sup>.

Aunque nos ocupamos expresamente de analizar la “presunción” en el Capítulo dedicado al control judicial del acuerdo, en nuestra conclusión con la nueva previsión legal el legislador no hace sino trasladar a la Ley determinada jurisprudencia a tenor de la cual se venía revistiendo al acuerdo de un plus de legitimidad en un contexto de progresiva “devaluación causal”. En esta lectura, el énfasis no debía ponerse tanto en la causa en sí como en el objetivo final de la norma, que no era otro que el de la mejora de la situación de la empresa<sup>519</sup>.

---

<sup>516</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dir.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 395.

<sup>517</sup> En este sentido, la nueva redacción del art. 82.3 ET permite superar algunas dudas mantenidas con la redacción anterior del art. 41.6 ET, confusión alimentada por la propia redacción del ap. 6, “*en todo momento por acuerdo...*”, como por la remisión sólo al ap. 4 en materia de procedimiento y no al ap. 1 en el que se estipulaban las causas justificativas. CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTROYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 380.

<sup>518</sup> En este debate, algunos autores mantienen que en los supuestos de acuerdo el papel de las causas será menor, en este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 19: “*Sólo en la fase final puede resultar relevante, si todos los mecanismos previstos para alcanzar una acuerdo no funcionan*”.

<sup>519</sup> MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup> L.: “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2008, págs. 488 y ss, para quien, al situarnos en la institución del descuelgue en el terreno de la cotidianeidad, de la normalidad o de los cambios ordinarios en la actividad empresarial, el análisis no debería ponerse tanto en el presupuesto inicial, la causa en sí misma considerada, como en la consecución de ése objetivo final de la norma que no era otro que el de la mejora de la situación de la empresa. En este sentido señalaba la autora cómo la presencia de alguna clase de necesidad empresarial seguiría siendo imprescindible, pero su naturaleza crítica ya no resultaría exigible. Bastará una mera dificultad de funcionamiento o un cierto desajuste en la organización ordinaria o, simplemente, una expectativa de avance o progreso para que la modificación pueda considerarse procedente. (La autora sigue criterio al respecto mantenido por CRUZ VILLALÓN, J., “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, en AA.VV. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (Coord. VALDÉS DAL RE, F., CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E.), La

De este modo, la participación de los trabajadores en la toma de la decisión previo período de consultas revestía de una legitimidad al acuerdo que permitía excluir la necesidad de control causal <sup>520</sup>. Por lo tanto, el acuerdo colectivo confería a la decisión de descuelgue un efecto anticipado de legitimación al entenderse la medida avalada y acreditada por el simple acuerdo salvo prueba en contrario, no pudiendo deducirse en modo alguno de esta interpretación la supresión de la exigencia causal sino tan sólo la inversión de la carga de la prueba <sup>521</sup>.

En este contexto, no obstante, no es lo mismo que el legislador pretenda reforzar el acuerdo de descuelgue en cuanto producto de la autonomía colectiva ex art. 37 CE, -intención ésta con la que nos mostramos absolutamente de acuerdo-, a que se ampare un descuelgue acausal, lo que en modo alguno compartimos.

La propia eficacia jurídica normativa y el alcance personal general del convenio colectivo determinan que, en materia de descuelgue, la causa juegue un importante papel en mayor garantía y defensa de la inderogabilidad y obligatoriedad del convenio <sup>522</sup>, debiendo por tanto quedar condicionada la validez del descuelgue a la efectiva concurrencia de esas probadas razones empresariales. En esta línea se había venido pronunciado la doctrina de manera mayoritaria <sup>523</sup>. En consecuencia, *“la presunción de la existencia de causas no significa que la*

---

Ley, Monografías relaciones Laborales, 1994, págs. 120 y ss, para quien la institución del descuelgue debía situarse *“en el terreno de la cotidianeidad, de la normalidad, de los cambios ordinarios en la evolución de la actividad empresarial”* reforzándose *“una lectura “fisiológica” de la situación de la empresa frente a una precedente comprensión “patológica” ...”*) Con una interpretación incluso más contundente al respecto de la exigencia causal se expresaba SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *“La modificación sustancial de condiciones de trabajo. Ejes de su configuración en el oscuro art. 41 ET”*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2009 (Estudio), <http://www.westlaw.es>, BIB 2009\289, págs. 7 y 8 y *“La modificación de condiciones de trabajo tras el RD-Ley 10/2010”*, en AA.VV. *La reforma laboral de 2010*, (SEMPERE NAVARRO, A. Director, MARTÍN JIMÉNEZ, R. coordinador), Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 303.

<sup>520</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *“El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, *Aranzadi Social*, 2007, p. 1818. En el mismo sentido, MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup> L.: *“Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate”*, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2008, pág. 490.

<sup>521</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 7 de diciembre de 2005, en recurso de casación núm. 26/2005, Ponente Jesús Gullón Rodríguez, F.D. tercero *in fine*, en la que, a propósito de un acuerdo de modificación del sistema de retribución variable de los trabajadores suscrito entra la empresa y la representación sindical, se concluye que *“la carga probatoria de la concurrencia, realidad, entidad y proporcionalidad de las medidas, obviamente se refiere o aplica en aquéllos casos en que la empresa unilateralmente impone tales modificaciones, no cuando éstas son pactadas colectivamente, como en este caso”*.

<sup>522</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Colección Estudios, 1<sup>a</sup> Edición, Madrid, 1996, págs. 72 y 73: evita que el solo acuerdo sea suficiente para sustituir a capricho el régimen convencional. De aceptarse descuelgue sin causa, ahora sí, se daría al traste con el valor normativo y eficacia general del convenio estatutario. Sólo causa más acuerdo garantiza a juicio de la autora la no ruptura con el sistema de negociación.

<sup>523</sup> En este sentido, ésta fue la opinión defendida por un importante sector doctrinal tras la instauración de los descuelgues de convenios, tanto para los supuestos de los genéricos del art. 41.2 3º ET, como los salariales del art. 82.3 ET, por todos, CRUZ VILLALÓN, J.: *“El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”*, en AA.VV. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (Coordinadores: VALDÉS. DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.), Madrid (La Ley, Monografías), 1.994, pág. 133: *“En tercer lugar, elemento igualmente relevante a mi juicio, la validez del acuerdo de empresa queda*

*misma pueda ser obviada de forma que el acuerdo resultante pueda carecer, verdaderamente de causa*" <sup>524</sup>, insertándose un acuerdo suscrito sin el presupuesto legal habilitante en los supuestos del fraude o del abuso de derecho en su conclusión.

Es precisamente la exigencia del presupuesto legal habilitante vinculado a la constatación de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas exigidas en la norma lo que diferencia a la institución de la inaplicación ex art. 82.3 ET de figuras próximas como la de la revisión *ante tempus* o la preferencia aplicativa del convenio de empresa. De este modo, y pese a la habitual confusión, en el mecanismo de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo ex art. 82.3 ET no nos encontramos ante un supuesto de revisión *ante tempus* del convenio colectivo, en el que las partes legitimadas para la negociación ex art. 87 ET deciden libremente y por mutuo acuerdo negociar un nuevo convenio antes de su llegada a término, sin que se exija en ningún momento en la norma la previa constatación de razón empresarial alguna. Tampoco nos encontramos ante el supuesto de la preferencia aplicativa del convenio de empresa previsto por el legislador en el art. 84.2 ET, regla a través de la cual expresamente se ampara en la norma la concurrencia entre convenios en determinadas materias tasadas en la norma sin la necesidad de presupuesto causal alguno.

En estos términos, si prescindimos del presupuesto causal otorgando todo el protagonismo al acuerdo de descuelgue, se desnaturalizaría la propia institución de la inaplicación en cuanto instrumento excepcional. Con el efecto añadido de que estaríamos introduciendo de manera indirecta en el Título III del ET una suerte de regla de concurrencia o de preferencia aplicativa

---

*condicionada también en esta ocasión a la concurrencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción; de tal modo que podría ser impugnado y declarada la nulidad del acuerdo que no venga avalado objetivamente y con suficiencia por las circunstancias exigidas legalmente, en los términos antes vistos. Aún cuando estos acuerdos constituyan una expresión de la autonomía colectiva, existiendo siempre grandes injerencias externas de control de lo pactado, aquí el legislador ha preferido mantener la exigencia de que concurran reales causas justificativas para separarse de lo negociado previamente en un convenio colectivo del Título III*" "Al igual que para aceptar el descuelgue salarial del art. 82.3 ET no basta con el acuerdo de empresa con los representantes, pues el mismo debe venir acompañado de un riesgo de afectación de la estabilidad económica de la empresa, también aquí en el art. 41 ET la separación de las condiciones negociadas en el convenio colectivo requiere la concurrencia de concretas circunstancias de mejora de la situación de la empresa que así lo justifiquen"; p. 121: "Ante todo, su exigencia constituye la expresión legal de la prohibición de un uso arbitrario o caprichoso de los poderes organizativos del empresario". Defendiendo la concurrencia en todo caso de causas, QUIRÓS HIDALGO, J.G.: "El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales incluidas en convenios colectivos. Viejos y nuevos interrogantes a partir de la Ley Concursal", Revista Jurídica de Castilla y León, nº 11, enero 2007, pág. 40, quien refiere el criterio de GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: "Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo", REDT, núm. 75, año 1996; de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: "La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdo de empresa: el supuesto del artículo 41.2 3º del Estatuto de los Trabajadores", La Ley, núm. 3779, año XVI, pág. 13; de ALFONSO MELLADO, C. PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T.: "La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios, Relaciones Laborales, núm. 8, 1995, págs. 96 y ss; o de GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial", Actualidad Laboral, núm. 5, 1995, pág. 78 y ss.

<sup>524</sup> MERCADER UGUINA, J.: "La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012. La empresa como nuevo centro de gravedad", en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Lex Nova, 2012, p. 363

entre convenio colectivo y acuerdo de empresa sin reserva alguna en materia causal en una opción que a todas luces no ha sido la seguida por el legislador en el Título III del ET. Primero porque sistemáticamente se ha encajado al descuelgue en el precepto del art. 82 ET dedicado a la eficacia del convenio y no en el precepto del art. 84 ET dedicado a resolver las reglas de concurrencia. En segundo término, porque la redacción literal del art. 82.3 ET en este sentido es clara y determinante, al referirse literalmente a la necesaria concurrencia de las causas por mucha presunción. A mayor abundamiento, amparar un acuerdo de descuelgue sin causa prácticamente vacía de contenido la institución de la preferencia aplicativa del convenio de empresa ex art. 84.2 ET, mecanismo éste que se presenta en la norma con mayores exigencias en materia de legitimidad negocial y con menores posibilidades en la gestión del desacuerdo.

Una última razón abunda aún más si cabe tras la reforma laboral de 2012 en la configuración de la institución del descuelgue de convenio como un mecanismo de naturaleza eminentemente causal.

Como nos vamos a ocupar de analizar en el Capítulo dedicado a la denominada gestión del desacuerdo, la nueva regulación del procedimiento posibilita que la inaplicación pueda resolverse en una última fase mediante decisión heterónoma de un tercero, bien en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, u órgano equivalente autonómico, bien mediante árbitro designado al efecto. Siendo así, no es cuestionable que en el nuevo esquema legal no se requiere el acuerdo siempre y en todo caso para proceder a la inaplicación. Y en este escenario la causalidad se convierte en “*pieza clave*” en el funcionamiento del descuelgue<sup>525</sup>.

En este sentido, con el nuevo diseño legal de la institución las causas pasan a desempeñar una funcionalidad bien diversa<sup>526</sup>, al ubicarse ahora el conflicto en un espacio intermedio entre el

---

<sup>525</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 83: “En el nuevo horizonte abierto por la reforma de 2012, el planteamiento es diferente: al no quedar condicionada la inaplicación a la obtención del acuerdo, la delimitación de las causas pasa a un primer plano como criterio de valoración de la legitimidad de la pretensión empresarial en los procedimientos para resolver la discrepancia y, en último término, por los jueces o tribunales ante los que pueda suscitarse la impugnación de su actuación”, el autor cita a CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo”, *Revista de Derecho Social* nº 57, año 2012, pág. 238 (Negrita del que suscribe)

<sup>526</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 46: “hasta el presente, las causas justificativas poseían un valor más marginal, más de carácter orientativo y de escaso valor jurídico relevante; ... pues lo decisivo es que se alcanzase un acuerdo entre las partes” ... “A partir de ahora, la funcionalidad es bien distinta cuando al final todo el procedimiento puede desembocar en un arbitraje obligatorio público. En esta fase final, el conflicto se ha transformado en una discrepancia mixta entre el conflicto jurídico y el de intereses, mientras que antes al no existir ese arbitraje obligatorio era siempre y desde todas sus perspectivas un conflicto de intereses. Ahora en ese procedimiento arbitral final, el árbitro deberá decidir si procede o no el descuelgue en clave jurídica, es decir, en atención a un control exclusivamente basado en la concurrencia o no de las causas legalmente establecidas, sin perjuicio de que sucesivamente a la hora de fijar las nuevas condiciones de trabajo aplicables a la empresa y su duración lo hará en gran medida resolviendo un conflicto de intereses”.

conflicto de intereses y el jurídico <sup>527</sup>. La mejor prueba de ello, a la hora de resolver la controversia, tanto el órgano tripartito como, en su caso, el árbitro, van a tener que examinar en primer término la concurrencia de las razones habilitantes exigidas en la norma. En este novedoso contexto normativo no hay duda de que la constatación de las causas cobra un renovado protagonismo.

Siendo así, si efectuamos una lectura integrada del art. 82.3 ET y lo ponemos en relación con el resto del Título III del ET, no encontramos ningún argumento para concluir que la “presunción” que se instaura por el legislador en la norma deba serlo hasta el punto de desvirtuar la propia naturaleza causal de la institución, antes al contrario. Y ello por mucha legitimidad de la que se pretenda revestir al acuerdo.

Ahora bien, dicho esto, no es menos cierto que la incorporación en la norma de esta “presunción” <sup>528</sup> a favor de la concurrencia de causas en el supuesto de acuerdo reviste al producto de la autonomía colectiva de un especial “blindaje” frente a posibles impugnaciones. Hasta el punto de que, actualizado el acuerdo, probablemente la única opción de impugnación vaya a serlo por la vía de reconducir un acuerdo sin causa a los supuestos del fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión a que se refiere la norma. Lo analizaremos en el Capítulo dedicado a la impugnación del descuelgue.

#### **1.1.2.- La unificación y tratamiento sistemático de los descuelgues en el art. 82.3 ET y su incidencia en la definición de las causas**

Varias son las novedades en materia de presupuesto causal introducidas en la redacción de la norma a partir de la reforma laboral de 2012, modificaciones que van a incidir de manera directa en la conceptualización de la necesaria causalidad de la medida desde una doble perspectiva.

Así, en primer término, tras el encaje sistemático de la institución en el Título III ET, el legislador ha optado por dotar a todos los descuelgues de convenio colectivo de un tratamiento uniforme en el art. 82.3 ET, opción legal que va a tener su incidencia en un doble frente <sup>529</sup>. Primero, porque las razones empresariales justificativas del descuelgue van a ser las

---

<sup>527</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 394: con la reforma “*las causas justificativas pasan a asumir una funcionalidad bien diversa con la nueva fórmula, por cuanto que anteriormente se trataba de un procedimiento situado estrictamente en el ámbito de los conflictos de intereses y, a partir de ahora, se ubica en un espacio intermedio, parcialmente acogido a la tipología de los conflictos jurídicos*”.

<sup>528</sup> Nos remitimos al Capítulo de la impugnación del acuerdo en el que exponemos nuestra posición en el sentido de que entendemos que la mayoritariamente conceptualizada como “presunción” no lo es tal en el sentido técnico-jurídico del término, de ahí que la entrecomillemos.

<sup>529</sup> MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012”, Aranzadi Social núm. 9/2013 (informes), , Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2013\14, p. 5: “*La novedad de la reforma laboral del 2012 es que se han ampliado las causas posibles de inaplicación que ya no se circunscriben sólo, como antes, a las de carácter económico, sino que también abarcan las técnicas, organizativas o de producción. De este modo, las reformas de 2012 han unificado el régimen de las causas habilitantes para la inaplicación de un convenio colectivo, actuando en un doble frente. Por una parte, ha extendido al descuelgue salarial la invocación por el empresario no solo de razones económicas sino, adicionalmente, de las otras tres*



mismas tanto para el supuesto de los anteriormente denominados como descuelgues “genéricos” como para los salariales. Segundo, consecuencia de lo anterior, porque se amplía el abanico de las causas habilitantes en el caso del descuelgue salarial, más allá de las razones económicas, también a las causas técnicas, organizativas o productivas <sup>530</sup>.

En segundo lugar, con la reforma operada en 2012, el legislador procede a dar una nueva redacción a las causas empresariales habilitantes, reconduciéndolas en su formulación a las del despido colectivo <sup>531</sup>. Hasta el punto de que prácticamente se equiparan las exigidas para el descuelgue y para la extinción del contrato, con la única salvedad respecto del período de referencia que se ha de utilizar para valorar la persistencia en la disminución del nivel de ingresos ordinarios o ventas <sup>532</sup>. En este sentido, con la nueva redacción legal se abunda aún más si cabe en la denominada “circularidad de conceptos”, entendida ésta como la influencia de la redacción dada a propósito de las causas en el art. 51 ET en la interpretación de las

---

*razones que cierran el círculo de las causas de justificación de las medidas de flexibilidad interna y despido económico. De otra, ha definido la causa económica en unos términos que reproducen la nueva y más flexible formulación prevista para validar la decisión empresarial de despido colectivo; esto es, como una «situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente en su nivel de ingresos o ventas».* En este punto el autor sigue a VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Hacia un derecho común de la flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, nº 19-20, 2012.

<sup>530</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Flexibilidad interna y externa en el Real decreto Ley 3/2012”, *Diariolaleyes*, nº 7833, año 2012, p. 11, el descuelgue sigue siendo causal “pero el RDL 3/2012 las ha ampliado y ha incluido como causa posible no sólo, como antes, causas económicas (previendo ahora dentro de ellas la disminución del nivel de ingresos o ventas durante dos trimestres consecutivos), sino también razones técnicas, organizativas o de producción cuando se introduzcan cambios en los instrumentos de producción, en los métodos de trabajo o en la demanda de productos o servicios...”.

<sup>531</sup> MERCADER UGUINA, J.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012. La empresa como nuevo centro de gravedad”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 364, “El RDLey 3/2012 continúa la citada línea y endurece las condiciones que deben concurrir para que pueda proceder el acuerdo de descuelgue”, se refiere a la línea del II AENC. “Estas causas se definen en similares términos que los empleados en el propio RD-L para el caso de despido colectivo del artículo 51 ET y de despido objetivo del artículo 52 c) ET. Es decir, sin perjuicio de que la primera es una medida de flexibilidad interna, que es la que se quiere potenciar, y la segunda de flexibilidad externa, prácticamente las mismas causas que permiten inaplicar determinadas condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable son las que permiten recurrir al despido colectivo y al despido objetivo del artículo 52 c) ET”.

<sup>532</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 118, para quien la unificación de las dos vías de inaplicación en el art. 82.3 ET ha supuesto un cambio en la motivación hasta ahora requerida tanto para el descuelgue salarial como para la modificación de condiciones pactadas en convenio colectivo: “La opción que sigue el art. 82.3 ET es la de unificar las causas y reconducirlas en su formulación a las del despido colectivo del art. 51 ET, con una única diferencia respecto del período de referencia que se ha de utilizar para valorar si hay persistencia en la disminución del nivel de ingresos ordinarios o ventas...”. En este sentido, la autora entiende que ninguna crítica se puede efectuar al respecto, “... si se tiene en cuenta que en ningún momento pudo explicarse que las diferencias que en este punto de mantenían entre ambas posibilidades de inaplicación del convenio, especialmente cuando incidían sobre la materia salarial, respondieran a una estrategia premeditada del legislador”,

razones habilitantes en los diferentes procesos de flexibilidad interna y, más en concreto, en los descuelgues <sup>533</sup>.

Entrando ya en el análisis de las concretas causas habilitantes, con la redacción legal propuesta por el legislador de 2012 <sup>534</sup> la causa se objetiva de forma extrema <sup>535</sup>, sobre todo en lo que se refiere a la causa económica. Objetivación en la identificación del presupuesto causal que se acentúa tras la convalidación de la norma de urgencia mediante Ley 3/2012 al incorporarse un obligado elemento de comparación <sup>536</sup>, en lo que sin duda alguna supone una simplificación con respecto al anterior régimen jurídico <sup>537</sup>. Igualmente, se prescinde en la redacción legal del recurso a la utilización de conceptos abiertos que, pese a los innegables problemas de

---

<sup>533</sup> En este sentido, a propósito de la reforma del año 2010, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER en su artículo “La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 24, señalaba cómo la nueva definición en el art. 51 de las causas necesariamente habría de influir en la interpretación del alcance de éstas en preceptos como el art. 41 ET. En el mismo sentido, en su artículo “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010”, *Relaciones Laborales*, nº 15-16, pág. 8: “*aunque no se reforman las circunstancias que pueden justificar la modificación sustancial, la circularidad de conceptos hará que la nueva redacción del art. 51 Et influya en la interpretación de las causas justificadoras del art. 41 ET, desde la idea de la que ha partido alguna jurisprudencia de que el que puede lo más, extinguir, podrá lo menos, modificar, salvo el derecho del trabajador a rescindir su contrato*”. En parecidos términos, DEL REY GUANTER, S.: “Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 107/2010, Monográfico sobre la reforma laboral de 2010, pág. 173, señalaba que la enumeración que se realizaba en el 51 ET al respecto la definición de las causas servía de referencia para la aplicación del 41. Estas conclusiones no sólo resultan igualmente aplicables tras la reforma laboral del 2012 sino que son más evidentes dado el “acercamiento” en la redacción legal en este sentido entre lo preceptuado en el art. 51 ET y lo regulado en el art. 82.3 ET.

<sup>534</sup> Art. 82.3 párs. 3º y 4º ET en redacción dada por el apartado cinco del artículo 9 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, B.O.E. de 1 marzo: “*Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado*”

<sup>535</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 84.

<sup>536</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p.158: “*En este contexto normativo, la Ley 3/2012 ha venido a aportar alguna mayor claridad en la identificación de este presupuesto causal, incorporando un obligado elemento de comparación en su valoración. Ahora, ya no basta la mera disminución de ingresos y ventas durante dos trimestres consecutivos; es preciso que los niveles de ingresos ordinarios o de ventas sean, a través de un juicio de confrontación, inferiores a los del mismo trimestre del año anterior*”.

<sup>537</sup> En este sentido se pronuncia CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 119, quien señala que la definición de las causas económicas parece haberse simplificado, pero “*Esta opción se ha tratado de compensar con el intento de concreción de cuándo se entiende que se produce la disminución persistente de ingresos o ventas, que contribuyen a acreditar esa situación económica negativa*”.

inseguridad jurídica, se había justificado desde la perspectiva de constituir un medio para no dejar fuera de la definición legal situaciones que merecerían ser acogidas dentro de una definición legal más cerrada <sup>538</sup>. Analizamos a continuación los términos concretos de la nueva redacción legal.

Así, en lo que se refiere a las causas económicas, el legislador define éstas por la actualización de lo que denomina como “*situación económica negativa*”, situación que sin duda alguna va a condicionar la posibilidad de acudir al régimen de la inaplicación <sup>539</sup>. Y en este contexto, la situación económica se concreta en la norma, a título meramente ejemplificativo, en casos tales como la existencia de pérdidas, actuales o previstas, o la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas, entendiendo que la disminución será persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior <sup>540</sup>. En este sentido, la redacción legal aporta una mayor claridad en la identificación del presupuesto causal al incorporar éste obligado elemento de comparación en su valoración a través de un juicio de confrontación de los niveles de ingresos o de ventas con respecto a los del mismo trimestre del año anterior <sup>541</sup>.

En estos términos, es clara la intención del legislador con la redacción literal de la norma de mantener un listado abierto de las causas <sup>542</sup>, dando cabida por tanto a otros posibles

---

<sup>538</sup> Para VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, 1996, págs. 80 a 84, no importaba tanto una definición de las causas cuanto su identificación en función de la finalidad que cumplen y los positivos efectos que determinan: “*En definitiva, el legislador ha querido configurar como causas justificativas para la adopción de determinadas medidas no tanto unas concretas circunstancias en el devenir de la empresa cuanto el efecto más beneficioso que comporten ...*” “*En otras palabras, se pone de manifiesto el marcado carácter preventivo de este tipo de medidas*”.

<sup>539</sup> MERCADER UGUINA, J.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012. La empresa como nuevo centro de gravedad”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 364: “*Esta situación tiñe y condiciona de algún modo la interpretación de la posibilidad de acudir al régimen de inaplicación convencional que prevé el artículo 82.3 ET cuando median causas económicas*” “*Es importante subrayar para concluir que, cualquiera que sea la situación causal que justifique el descuelgue, ésta deberá acreditar que se produce en el contexto de una situación negativa*”.

<sup>540</sup> En todo caso, como se ha puesto de manifiesto en determinada jurisprudencia a propósito del supuesto del despido colectivo, el referido periodo de tiempo se concibe por la norma no como necesario presupuesto del despido colectivo, sino tan solo como integrante de una de sus causas, la de la “disminución persistente” del nivel de ingresos o ventas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 27 de mayo de 2013, en Sala General, en recurso de casación 78/2012, Ponente Jesús Gullón Rodríguez, F.J. 5º.

<sup>541</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p.158: “*En este contexto normativo, la Ley 3/2012 ha venido a aportar alguna mayor claridad en la identificación de este presupuesto causal, incorporando un obligado elemento de comparación en su valoración. Ahora, ya no basta la mera disminución de ingresos y ventas durante dos trimestres consecutivos; es preciso que los niveles de ingresos ordinarios o de ventas sean, a través de un juicio de confrontación, inferiores a los del mismo trimestre del año anterior*”.

<sup>542</sup> La redacción legal es lo suficientemente explícita en este sentido, “*... en casos tales como...*”.

supuestos más allá de los referidos en el texto legal <sup>543</sup>, pero siempre con el presupuesto previo de la situación económica negativa.

A propósito de lo que deba entenderse como “situación económica negativa”, a título ilustrativo, un elevado nivel de endeudamiento en una empresa, a pesar de constar la existencia de un resultado positivo antes de impuestos, depreciaciones y amortizaciones, es constitutivo de una situación económica negativa <sup>544</sup>. El criterio legal a la hora de determinar o

---

<sup>543</sup> MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012”, Aranzadi Social núm. 9/2013 (informes), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2013\14, p. 5: “*Dados los términos flexibles y amplios con los que ha quedado redactado el nuevo artículo 82.3 ET, al entender que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, «en casos tales» como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas, no parece ofrecer duda es intención del legislador mantener un listado abierto de tales causas, pues la realidad es mucho más rica, enunciando las más significativas, pero dando cabida a otros supuestos no expresamente mencionados de situación económica negativa, como sería en vía ejemplificativa, y extrapolando la doctrina judicial social en el caso de despidos objetivos, la pérdida de cuotas de mercado ( STSJ La Rioja 12 septiembre 2006 [AS 2007, 532] ); el descenso de ventas progresivo ( STSJ Castilla-la Mancha 8 marzo 2007 [AS 2007, 2296] ); la sensible y continuada disminución de pedidos ( STSJ C. Valenciana 9 mayo 2006 [AS 2006, 2340] ); la pérdida del único cliente ( STSJ Cantabria 24 agosto 2006 ); resultados negativos de explotación ( STSJ Navarra 31 enero 2000 [AS 2000, 100] ); la disminución continuada de beneficios ( STSJ C. Valenciana 22 diciembre 2005 [JUR 2007, 135645] ); encarecimiento del crédito, incremento de costes, y dificultades de comercialización.*”

<sup>544</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 187/2013, en recurso 92/2012, Ponente María del Carmen Prieto Fernández, de fecha 28 de octubre de 2013. En este sentido, y partiendo de la constatación de un endeudamiento financiero extremadamente grave, hasta el punto de poner en cuestión su viabilidad, la Sala llega a la siguiente conclusión a propósito del EDITDA positivo, F.J. 5º: “*El EBITDA que se calcula a partir del resultado final de explotación de una empresa, sin incorporar los gastos por intereses o impuestos, ni las disminuciones de valor por depreciaciones o amortizaciones, para mostrar así lo que es el resultado puro de la empresa, quedando fuera de este indicador los elementos financieros (intereses), tributarios (impuestos), externos (depreciaciones) y de recuperación de la inversión (amortizaciones), y tiene el propósito de obtener una imagen lo más fiel posible de lo que la empresa está ganando o perdiendo en el núcleo de su negocio; correspondiente a los años 2010 y 2011 proporciona una visión disfrazada de la situación económica de la Cía. en esos años, debido a la deuda tal elevada asumida con las entidades bancarias, que impide concluir con la afirmación de que el rendimiento de la empresa sea positivo*”. En parecidos términos, en la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional número 189/2012, en recurso 228/2012, Ponente María del Carmen Prieto Fernández, de fecha 28 de octubre de 2013, F.J. 8º: “*“OCTAVO. - El art. 51.1 ET define como causa económica, susceptible de extinguir el contrato, cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. CCOO defiende que T. OCHOA, SA es una empresa rentable y apoya su afirmación en los resultados de su EBITDA que fueron positivos efectivamente en el año 2010 y también en 2011, aunque en el primer año ascendieron a 4.008.000 euros y en el segundo a 1.261.000 euros, lo que demuestra un descenso geométrico en un plazo brevísimo, aunque en el último ejercicio se redujeron los gastos de personal como consecuencia del ERTE autorizado por la DGE el 13-04-2011. - Sin embargo, los resultados positivos del EBITDA no impidieron que en el ejercicio 2010 la empresa tuviera un resultado negativo de 7.831.519 euros y en el ejercicio de 2011 de 6.806.981 euros, pese al descenso de los gastos de personal ya citados y a los ingresos extraordinarios, provocados por la venta de inmuebles, tan cuestionada por la demandante. - Nos encontramos, por tanto, ante una*

no la existencia de la situación económica negativa es el de los resultados pero incluyendo amortizaciones, depreciaciones y resultados financieros, no el del resultado antes de impuestos, depreciaciones y amortizaciones, -EBITDA-<sup>545</sup>. Siendo así, un resultado antes de impuestos positivo no descarta por sí mismo la causalidad de la medida, si finalmente se constata una situación económica negativa. Siempre que, por supuesto, se deduzca que los resultados de la empresa no lo son como consecuencia de planificaciones fiscales agresivas<sup>546</sup>.

En lo que se refiere al término de comparación para la constatación de la situación económica negativa, no parece deducirse de la redacción literal de la norma la necesidad de que los dos trimestres que se tomen como referencia presenten una disminución de ingresos entre sí, sino tan solo que cada uno de ellos presente unos ingresos ordinarios o ventas inferiores a los del mismo trimestre del año anterior<sup>547</sup>.

En todo caso, dos precisiones a propósito del término de comparación. En primer lugar, la definición de la noción de esa persistencia es más rígida en la redacción de la Ley 3/2012 que en la previa norma de urgencia, pues para apreciarla habrá que esperar en todo caso seis trimestres en lugar de cuatro<sup>548</sup>. En segundo término, el término de comparación resulta más flexible de aplicar en épocas de crisis, pues en este sentido la comparación de un trimestre con

---

*situación económica negativa extremadamente grave en su manifestación más clásica: pérdidas millonarias actualizadas en dos ejercicios seguidos”.*

<sup>545</sup> En este sentido, Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional con el número 95/2014 en fecha 16 de mayo de 2014, en recurso 500/2013, Ponente José Pablo Aramendi Sánchez, FJ 10º: *“Un EBITDA negativo implica que el propio núcleo de la actividad empresarial no es rentable en su conformación actual . Pero el criterio legal no es el EBITDA, aunque el mismo haya de ser valorado para valorar la causalidad del despido, sino los resultados negativos, lo que incluye amortizaciones, depreciaciones y resultados financieros. Es cierto que tales elementos contables pueden ser objeto de crítica que pueda desvirtuar la causalidad, pero esa crítica no se ha producido en este caso. Las amortizaciones responden a inversiones pasadas cuyo coste se distribuye en el tiempo, sin haberse demostrado que se carguen en las mismas elementos de activo ajenos a la actividad empresarial o que haya desviaciones en la periodificación elegida. Lo mismo ocurre con las depreciaciones de elementos de activo, sobre lo cual no se aporta dato alguno que desvirtúen su cómputo . Y, en cuanto a los gastos financieros, los mismos en principio han de prevenir de la captación de fondos ajenos para la financiación de las inversiones y de la actividad empresarial pasada, sin lo cual ésta pudiera no haber sido posible, por lo que no pueden ser excluidos sin más de consideración, salvo que se acrediten desviaciones, lo que aquí no se hace ”.*

<sup>546</sup> En este sentido, descartado esa planificación fiscal agresiva alegada con amparo en la auditoría de cuentas, se consultar la Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional con el número 216/2013 en fecha 2 de diciembre de 2013, Ponente Ricardo Bodas, en recurso 237/2013.

<sup>547</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 120, *“no parece necesario que los dos trimestres que se tomen como referencia presenten una disminución de ingresos entre sí (del segundo respecto del primero) sino que será suficiente con que cada uno de ellos presente unos ingresos ordinarios o ventas inferiores a los del mismo trimestre del año anterior”.*

<sup>548</sup> ROQUETA BUJ, R.: *“La modificación de las condiciones de trabajo”*, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 46 y 47: *Ahora bien, la causa económica y el modo de su acreditación se definen con vocación de permanencia. Y, en este sentido, hay que indicar que cuando la crisis económica comience a superarse, la nueva definición de la noción de persistencia en la disminución de los ingresos ordinarios o ventas es más rígida que en el Real Decreto Ley 3/2012, habida cuenta que para poder apreciarla habrá que esperar seis trimestres en lugar de cuatro”*

el mismo trimestre del año anterior resultará favorable a la acreditación de la disminución del nivel de ingresos ordinarios o ventas. No obstante, la situación es muy probable que se revierta en el escenario actual desde la perspectiva de que resulta factible que, en esa comparación con el año anterior, el nivel de ingresos ordinarios o ventas sea superior en el momento actual <sup>549</sup>. En este sentido, la redacción legal es congruente con la naturaleza excepcional de la institución, resultando muy difícil de justificar desde la perspectiva causal una inaplicación de convenio *ex art. 82.3 ET* en situaciones de expansión empresarial.

Más allá del término de comparación, no se especifica en la norma la entidad requerida en la disminución de los ingresos ordinarios o ventas o en la constatación de las pérdidas. Desde luego, en una interpretación lógica y finalista de la norma, las mismas deberían ser de una significativa entidad <sup>550</sup>.

A mayor abundamiento, desaparece de la redacción legal cualquier referencia a la conexión con el mantenimiento del empleo <sup>551</sup>. Remisión expresa ésta en la norma que había permitido concebir al descuelgue como una medida preventiva y alternativa al despido por causas económicas <sup>552</sup>. No obstante, resulta palpable la dificultad para constatar *a posteriori* los

---

<sup>549</sup> ROQUETA BUJ, R.: “La modificación de las condiciones de trabajo”, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 46 y 47: “Y así, una empresa que empiece ahora a mejorar su situación económica acreditará la concurrencia de causa económica cuando es muy probable que no pudiera hacerlo con la redacción anterior”.

<sup>550</sup> POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, www.westlaw.es, BIB 2012\3079, p. 5: “Por tanto, ahora el único parámetro para determinar la situación económica negativa es el hecho de que durante dos trimestres consecutivos la empresa tenga una disminución de sus ingresos o ventas. Ahora bien, no se especifica si dicha disminución ha de ser de una cierta entidad o por mínima que sea sería justificadora del descuelgue. A mi parecer, debe entenderse, con buena lógica, que la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas ha de ser de un cierto grado, tal que afecte a la buena marcha de la empresa y la pueda poner en situación de riesgo, pues en otro caso, se estaría dando plena libertad al empresario para poder proceder al descuelgue.”

<sup>551</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en GARCÍA PERROTE y MERCADER (Dirs.), *Reforma laboral 2012*, Lex Nova, 2012, págs. 399 y 400 : hasta ahora, la regulación del descuelgue se movía para el autor en un escenario de riesgo para el mantenimiento del empleo mientras que, tras la reforma, “dicha conexión con el mantenimiento del empleo desaparece de la dicción del precepto, con lo cual se contempla como causa justificativa del descuelgue una situación empresarial en la que no concurra riesgo alguno para la viabilidad del empleo en la empresa. Es decir, la causa justificativa pueda ser una simple situación de lucro cesante... En estos términos, casi se desemboca en un escenario de presunción legal de concurrencia de la causa, salvo que la medida empresarial tenga un carácter discriminatorio o arbitrario, bastando con un criterio de mera objetividad genérica”.

<sup>552</sup> POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, www.westlaw.es, BIB 2012\3079, p. 5: “En realidad, esta conexión con el mantenimiento del empleo ha tenido una lectura en el sentido de considerar que el descuelgue salarial se concibe como una medida preventiva y alternativa al despido por causas económicas, en definitiva, como una opción a otras medidas de mayor gravedad. No obstante, no se ha establecido en ningún momento regla alguna que priorice esta medida novatoria frente a la extintiva, como tampoco se aprecian con claridad diferencias de intensidad en cuanto a la causalidad exigible.”

posibles efectos de un descuelgue sobre el volumen de empleo <sup>553</sup>, con lo que la supresión de esta referencia no tiene a nuestro juicio mayor repercusión que la de clarificar y aportar seguridad jurídica en la redacción de la norma.

En todo caso, a estos efectos, como criterio interpretativo, en la norma reglamentaria de desarrollo de las funciones decisorias de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, el legislador previene expresamente la necesidad de que el órgano decisor, o el árbitro, justifiquen la conexión existente entre la causa alegada y la medida propuesta <sup>554</sup>, debiendo efectuar un juicio de adecuación de la medida al que nos vamos a referir de manera expresa más adelante en la interpretación que finalmente ha sido acogida en la jurisprudencia del Supremo. De este modo, la referencia finalista no desaparece del modelo.

Siendo así, a los efectos que nos interesan, no es posible concluir en una interpretación que amparara un descuelgue bajo la premisa de una mínima disminución de ingresos ordinarios o ventas, o de unas poco significativas pérdidas, pues no se superaría el necesario juicio de adecuación de la medida. De igual manera, no serían admisibles descuelgues en los que no se especificaran las causas concretas amparando la medida en la mera invocación a la mala situación general <sup>555</sup>.

En lo que se refiere a las causas técnicas, organizativas y productivas, en la definición de las mismas se reproduce en su práctica literalidad la jurisprudencia sobre el particular a propósito de los despidos objetivos, por lo que no parece previsible que la doctrina judicial vaya a sufrir variación en lo que se refiere a la catalogación de supuestos clásicos que desde siempre han tenido acogida dentro de esas causas, si bien lógicamente trasvasándola al escenario de la inaplicación <sup>556</sup>.

---

<sup>553</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2011, p. 40, ya señalaba la dificultad de constatar dichas circunstancia, “Lo cierto es que no hay garantías jurídicas para constatar a posteriori los efectos del descuelgue salarial sobre el volumen de desempleo, como tampoco es viable la constatación de los eventuales efectos adversos sobre el empleo que habría podido tener el mantenimiento del régimen salarial del convenio”.

<sup>554</sup> “Causalidad substantiva” frente a “causalidad formal” en terminología cuñada por FALGUERA BARÓ, M.A.: “La causalidad de los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos después de la Ley 3/2012: reflexiones tras un año de doctrina judicial por la vía del artículo 124 LRJS”, *Jurisdicción Social, Revista on line de la Comisión de lo Social de Jueces para la Democracia*, nº 133, junio 2013, págs. 57 y 58, quien a tenor, entre otros, de lo estipulado en el art. 22.3 del RD 1362/2012, interpreta que resulta necesaria una redefinición de la causa que no puede quedar limitada al terreno estrictamente formal.

<sup>555</sup> En este sentido, a propósito de un determinado despido colectivo en determinado organismo de una Administración Pública Autonómica, supuesto de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sala General, de fecha 26 de junio de 2014, en recurso de casación 219/2013, ponente Jordi Agustí Julia, F. J. 5º: “Pero, es que además se incumple lo establecido en el artículo 51, apartados 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto no se especifican las concretas causas -económicas, técnicas, organizativas o productivas- que justifican el despido colectivo, no pudiendo ser sustituidas por la mera invocación a la mala situación de la economía en general, a la necesidad de reducción del gasto en el sector público y al ahorro que supone la extinción de la APDCM”.

<sup>556</sup> MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012”, *Aranzadi Social* núm. 9/2013 (informes), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2013\14, P. 6: “La definición de causas técnicas, organizativas y productivas viene reformulada con la reforma laboral 2012, aunque su originalidad, si bien se mira, no es

En todo caso, resulta necesario efectuar una precisión. El descuelgue de convenio colectivo basado en causas técnicas, organizativas o productivas, se justifica desde la perspectiva de que hay un hecho objetivo susceptible de alterar el régimen de las prestaciones del contrato, esto es, una innovación técnica, organizativa o productiva, o un cambio de la coyuntura económica. A partir de esa contingencia, -la actualización de la causa, en suma-, la medida se justifica si se corresponde con el cambio técnico, organizativo o productivo y sirve al objetivo de mejorar la posición competitiva de la empresa o a prevenir una situación económica negativa<sup>557</sup>. Causas productivas que, por cierto, no perderían su razón de ser incluso en supuestos de producirse nuevas contrataciones en una empresa de justificarse las mismas y de considerarse necesarias para la normal continuidad de la actividad de la empresa<sup>558</sup>.

---

*tal, ya que se limita a reproducir, prácticamente en su literalidad, con la salvedad de incluir como organizativa los cambios en el modo de organizar la producción, los criterios sentados por la jurisprudencia sobre el particular, según afecte a cambios en la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción («causas técnicas»); a la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal («causas organizativas»); y, por último, a la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado («causas productivas»). De este modo, no parece vaya a sufrir variación la doctrina judicial, eso sí, trasvasándola de los supuestos de despidos objetivos a la inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo, en lo que respecta a la catalogación de supuestos clásicos que desde siempre han tenido acogida como causas técnicas (instalación de taquillas automáticas -STSJ Navarra 31 marzo 2000-; la automatización de medios en un aparcamiento público que implica la desaparición de la figura del taquillero -STSJ Madrid 28 noviembre 2008 [AS 2009, 207] la implantación de un sistema de gestión informatizado que sustituye otro anterior obsoleto -STSJ Baleares 29 septiembre 2007-; organizativas: transformación del organigrama de empresa -STSJ Asturias 3 marzo 2006 [AS 2007, 3279] -; externalización del servicio informático -STSJ País Vasco 15 mayo 2007 [AS 2007, 3180] -; procesos de fusión y absorción de sociedades- STSJ Cataluña 1 junio 2006 [AS 2006, 3138] ; reducción de alumnos matriculados -STSJ Castilla León/Valladolid 9 abril 2002 [AS 2002, 1588] ); y de producción (cambios y contracciones en la demanda -STSJ Cataluña 1 junio 2006 [AS 2006, 3138] )."*

<sup>557</sup> Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 20 de enero de 2014, en recurso 56/2013, Ponente Desdentado Bonete, F.J. 5º: *"El primero es que se trata de una medida meramente redistributiva en el sentido de que la "mejora" de la empresa se obtiene únicamente de una nueva distribución de los rendimientos de su actividad entre los titulares del establecimiento empresarial y los trabajadores. Éstos "empeoran" en lo que lo aquéllos -o si se prefiere, la empresa- "mejoran", sin que haya ningún dato objetivo -técnico, organizativo, productivo o económico- que justifique ese cambio en la distribución. Si se interpreta así el precepto legal, toda restricción de los derechos económicos de los trabajadores representará siempre una mejora que justificará la modificación, pues la mejora en sí misma se ha convertido en causa de la modificación en lo que no es más que un razonamiento circular. La justificación opera de manera distinta: hay un hecho objetivo susceptible de alterar el régimen de prestaciones del contrato (una innovación técnica, organizativa o productiva, un cambio de la coyuntura económica) y a partir de ese cambio (la actualización de la causa) la medida se justifica si se corresponde con ese cambio y si sirve al objetivo de mejorar la posición competitiva de la empresa o a prevenir una evolución negativa..."*

<sup>558</sup> En un supuesto de una medida de suspensión de contratos ex art. 47 ET, es éste el criterio mantenido en la Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 5 de diciembre de 2013, en recurso 334/2013, Ponente Ricardo Bodas, F.J. 7º in fine: *"Dichas conclusiones no pueden enervarse, porque la empresa haya contratado a 256 trabajadores en el centro de Sevilla y a 125 trabajadores en el centro de Madrid, porque se ha acreditado que 254 eran teleoperadores en el centro de Sevilla y 123 en el centro de Madrid, mientras que los trabajadores afectados por la medida ostentaban otros niveles profesionales, especialmente gestores, quienes pertenecen, al igual que los teleoperadores al grupo profesional D, a tenor con lo dispuesto en el art. 38 del convenio, sin que quepa imponer a la empresa que desempeñen funciones de teleoperadores, como sugirió CGT, por cuanto*



Desde esta perspectiva, no se encontrarían justificadas medidas meramente redistributivas consistentes, por ejemplo, en reducciones de salarios con el argumento de producir un ahorro de costes a la empresa incrementando con ello su resultado, al no existir en esos supuestos el presupuesto causal habilitante<sup>559</sup>.

En esta línea, la rebaja de salarios superiores a los previstos legal o convencionalmente por el motivo del mayor coste empresarial de los trabajadores con respecto a los equiparables en un determinado sector de producción, motivación esta última en principio mixta al mezclarse elementos productivos y económicos, no resultaría posible si no existiese un desequilibrio previo en la cuenta de resultados de la empresa. En consecuencia, de no actualizarse previamente esa situación económica negativa, difícilmente puede justificarse una medida directa de reducción salarial como forma de incrementar márgenes o beneficios. De ahí que no resulte posible justificar una reducción salarial por la mera comparación con los salarios del sector<sup>560</sup>, salvo en aquéllos casos en los que se acredite que esa diferencia salarial, ése mayor coste empresa, origina problemas económicos relevantes para la misma por afectar a su competitividad y penetración en el mercado, originando reducciones de ingresos o pérdidas

<sup>561</sup>.

---

*existen diferencias retributivas entre ambos niveles. - Por lo demás, ya anticipamos más arriba, que la empresa no podría incorporar, sin desbordar el objeto de los contratos de obra, a los trabajadores del centro de Sevilla, cuyos contratos tienen por objeto la plataforma de ENDESA."*

<sup>559</sup> Aplicando la doctrina del Supremo, Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 15 de julio de 2014, en recurso 119/2014, Ponente López Parada, F.J. 4º.

<sup>560</sup> Interesante en cuanto al término de comparación a los efectos de lo que deba entenderse o no como un mayor coste salarial el supuesto analizado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 2 de diciembre de 2013, Ponente Bodas Martín, en recurso 237/2013, resolución en la que se concluye en el sentido de que no resulta técnicamente correcta por no resultar homogénea una confrontación del coste laboral de la empresa contra el coste promedio de todos los sectores de actividad en España, al constituir un supuesto de discrecionalidad tendenciosas. En este sentido, la conclusión es la de que deben compararse los salarios con los del sector de producción de la empresa.

<sup>561</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 149/2014, de fecha 11 de septiembre de 2014, en recurso 163/2014, Ponente López Parada, F.J. 4º: *"Las pérdidas, actuales o previstas, y la caída de la cifra de negocios, constituyen indudablemente, por su definición legal, una causa económica. Lo relativo al coste unitario de la producción directa de Toquero, sustancialmente más elevado que el coste unitario (coste por kilómetro) a través de otras opciones (subcontratación con la filial, con otras empresas o con trabajadores autónomos), que se alega como causa productiva, realmente es una causa mixta, con elementos productivos y elementos económicos. La reducción del precio de los productos o servicios comercializados que se haga posible como consecuencia de la reducción de costes salariales no deja de ser causa económica, puesto que ha de tener por objeto una mejora de la situación económica de la empresa mediante un incremento de los márgenes o de la penetración en el mercado con el consiguiente incremento de los ingresos, lo que ha de ser respuesta a un desequilibrio previo en las cuentas de resultados. Si, por el contrario, tal desequilibrio previo no existe, difícilmente puede justificarse una medida directa de reducción salarial como forma de incrementar márgenes o beneficios, incluso por mera comparación con los costes salariales de empresas de la competencia. En un marco legal desde 2012 de potenciación de la negociación colectiva de empresa en los aspectos salariales y de costes, no puede aceptarse que el sector se convierta otra vez en referencia para la equiparación salarial. Esa es función de la negociación colectiva. La reducción salarial no puede justificarse por la mera comparación con los salarios del sector, salvo en aquellos casos en los que se acredite que esa diferencia origina problemas económicos relevantes para la empresa por afectar a su competitividad y penetración en el mercado, originando reducciones de ingresos o pérdidas. En todo caso, dado que lo relativo al coste unitario por kilómetro no se ha considerado acreditado, la causa productiva alegada y fundada en dicho*

En todo caso, una medida de reducción salarial no tiene por qué encontrarse siempre y en todo caso amparada en una causa justificativa de índole económico, pese a que existe doctrina judicial que lo interpreta en sentido contrario <sup>562</sup>, resultando posible amparar una reducción directa del salario por causas productivas, técnicas u organizativas. En este sentido no vemos obstáculo para que, por ejemplo, una disminución del volumen de producción no pueda justificar un descuelgue salarial, siempre que con carácter previo se hubiera actualizado esa contingencia productiva.

Del mismo modo, la existencia en la empresa de jornadas inferiores a las pactadas en convenio o de retribuciones superiores a las del sector, de tener repercusión en la disminución de la cartera de contratos por el mayor coste empresa, sin duda podrían justificar una medida de flexibilidad interna por causa productiva u organizativa. En este sentido, existen precedentes en la doctrina judicial <sup>563</sup>.

---

*dato no va a ser tomada en consideración como posible justificación de la medida de modificación adoptada.”*

<sup>562</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 149/2014, de fecha 11 de septiembre de 2014, en recurso 163/2014, Ponente López Parada, F.J. 4º, párr. 2º: *“Con carácter general puede decirse además que una medida de reducción salarial, de forma directa o, como en este caso, mediante la desvinculación de un previo pacto contractual, individual o colectivo, que confiere derechos retributivos a los trabajadores por encima del mínimo legal o convencional, ha de tener necesariamente como causa justificativa una de índole económico. Las causas productivas, técnicas u organizativas no puede justificar una reducción directa del salario, aún cuando tal reducción pueda ser la consecuencia indirecta de la medida adoptada (por ejemplo, por el cambio de contenido funcional de los puestos de trabajo que pueda dar lugar a la pérdida del derecho a percibir determinados complementos). La reducción directa de la cuantía salarial es una medida de ahorro económico de la empresa y ello únicamente puede hacerse necesario por una causa de naturaleza económica y no de otra índole”*. No compartimos éste razonamiento.

<sup>563</sup> En este sentido, Sentencia de la Audiencia Nacional número 198/2013, de fecha 11 de noviembre de 2013, en recurso 288/2013, Ponente María del Carmen Prieto Fernández, F.J. 9º in fine: *“Se ha probado, que la empresa demandada ha perdido 513.679 euros en el ejercicio 2012, lo que acredita que su situación económica es negativa, aunque se haya demostrado un repunte en las ventas en el año 2012, apoyadas en circunstancias coyunturales de dicho ejercicio, pero se ha probado también viene perdiendo clientes en una proporción alarmante, puesto que los proyectos perdidos en 2010 ascendieron a un 38, 8%, mientras que en el año 2012 se perdieron un 65%, lo que equivale a un aumento de pérdidas del 25, 8% en un período tan corto. - Se ha demostrado también que sus principales clientes CAIXABANK; HIDROCANTÁBRICO; BANKINTER; MID MARKET; S. PÚBLICO; MDI; FSI y CME han reducido sustancialmente sus tarifas, lo que, unido a la pérdida de contratos y al incremento de sus gastos de personal que pasaron de 49.679.790 euros en 2011 a 54.245.726 euros en 2012, supone, pese a que se han reducido los demás gastos de explotación, que sus márgenes económicos se han reducido en un - 17%, previéndose una reducción de 529, 7 MM euros de ingresos en 2013, como consecuencia de las pérdidas de contratos y volúmenes de trabajo, realizadas por HP CONSULTORÍA Y APLICACIONES ESPAÑA, con causa a la reducción de precios y a la finalización de contratos, por lo que se hace evidente, a nuestro juicio, que concurre causa productiva, por cuanto la oferta que la empresa hace al mercado tiene una respuesta cuantitativa y cualitativamente inferior. Se ha declarado probado que la empresa demandada tiene jornadas inferiores a las fijadas en el convenio, en relación a la jornada media del sector y sus retribuciones son superiores a las del sector. La conclusión a la que llegamos es que tiene un problema organizativo, que exigía tomar las medidas examinadas, entendiéndose por la Sala que los problemas económicos y con especial relevancia los productivos y organizativos, justifican razonablemente tales medidas, para ajustar la demanda con la plantilla, cuyos costes han aumentado exponencialmente en un solo ejercicio, por lo que consideramos que las medidas se adecuan*

Una última referencia a propósito de las denominadas causas productivas u organizativas en el ámbito de las empresas contratistas de obras o servicios. En estos supuestos de descentralización productiva, no cabe conceptuar como causa de esta naturaleza a la mera voluntad unilateral del cliente del servicio consistente en cambiar las condiciones de prestación del mismo cuando dicho cambio no obedezca previamente a su vez a causas económicas, técnicas, organizativas o productivas sobrevenidas. O cuando no se revelaran deficiencias en la prestación del servicio. En consecuencia, si el empresario de un trabajador no puede por su sola voluntad cambiar las condiciones laborales fijadas en el convenio, menos aún puede aceptarse esa modificación cuando la voluntad sea la del cliente del empresario, por mucho que sea una medida que se le imponga al contratista <sup>564</sup>.

### **1.1.3.- La pretendida, y no compartida, mayor flexibilización en la conceptualización de las causas tras reforma laboral del 2012.**

A la vista de los cambios introducidos en la redacción legal del art. 82.3 ET, para la mayor parte de la doctrina en la reforma laboral de 2012 se procede a dar una redacción más flexible a la norma en lo que se refiere al presupuesto causal habilitante, conclusión referida fundamentalmente en lo que se refiere a las causas económicas <sup>565</sup>. Incluso esta supuesta mayor liviandad en materia causal ha fundamentado recurso de inconstitucionalidad contra el

---

*razonablemente a la intensidad de las causas, por lo que desestimamos las demandas acumuladas de conflicto colectivo.”*

<sup>564</sup> Sentencia núm. 2307/2014 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 2 de diciembre de 2014, en recurso de suplicación 2283/2014, Ponente Manuel Díaz de Rabago, F.J. 4º: *“En cualquier caso, la Sala considera que no cabe conceptuar como causa productiva u organizativa la mera voluntad unilateral del cliente del servicio en cambiar las condiciones en que éste se ha de prestar, cuando no obedece a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción sobrevenidas ni se revela que genere deficiencias en el mismo. No ha habido aquí más cambio que la voluntad del cliente de la demandada, con una exigencia que no consta que esté motivada por razones sobrevenidas de tipo productivo u organizativas. Convertir ese cambio de voluntad en una causa de esta naturaleza por el mero hecho de que provenga del cliente y no del empresario desdibuja totalmente la auténtica naturaleza de las causas que justifican que los trabajadores puedan sufrir cambios de sus condiciones laborales fijadas por convenio colectivo. Insistimos: tendría que haberse demostrado que esa nueva exigencia de aquél estaba justificada en el mal servicio de limpieza que se estaba dando por ese doble sistema de jornada de trabajo o haberse acreditado que había sobrevenido recientemente un cambio de condiciones de trabajo en Mercedes-Benz. Como no consta ni lo uno ni lo otro, no hay base para estimar justificada una medida que, en todo caso, nunca podríamos declarar por concurrir la doble causa de nulidad que hemos señalado.”*

<sup>565</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 17 y 18: *“El texto actual es, con mucho, el más flexible de los conocidos hasta la fecha para identificar la presencia de una causa económica. No se exigen pérdidas; de haber éstas, no han de ser actuales; y la disminución aunque persistente, puede calcularse a partir de los ingresos ordinarios o de ventas”*. En parecidos términos, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, pág. 111. se reproduce la más flexible definición de las causas que justifican un despido objetivo, con especial referencia del autor a la “situación económica negativa” que a su juicio está definida de una forma más amplia al poder materializarse tanto por la existencia de pérdidas como por la disminución persistente del nivel de ingresos ventas.

precepto de la Ley que da nueva redacción a las causas habilitantes para los despidos por razones empresariales <sup>566</sup>.

Con mayores dudas, también hay quien apunta que no resulta fácil valorar si se está ante una operación de mayor o menor rigor en la exigencia de una justificación suficiente para decidir la inaplicación <sup>567</sup>.

A nuestro juicio, y con el debido respeto a la posición mayoritaria, la de la mayor flexibilización causal no es una conclusión que se pueda deducir de la redacción literal de la norma desde una doble perspectiva.

En primer término, en lo que se refiere estrictamente al descuelgue salarial, la redacción legal del art. 82.3 ET propuesta en la versión de la norma tras Ley 3/2012 no es ni mucho menos de menor exigencia en este sentido que la que se deduce de la anterior versión del mismo precepto propuesta por el legislador de urgencia en junio de 2011 <sup>568</sup>. Redacción ésta última que a su vez había flexibilizado la propuesta efectuada por el legislador de junio de 2010 <sup>569</sup> al

---

<sup>566</sup> Recurso de inconstitucionalidad 5612/2012 interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en concreto, a los efectos que nos interesan, planteado contra el apartado tercero del art. 18 de la Ley 3/2012 al que se le imputa la vulneración de los arts. 35.1 y 24.1 CE tras modificación del art. 51.1 y 52 c) ET en lo que se refiere a la nueva definición de las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas presupuesto para el despido. En esencia, a juicio de los recurrentes la nueva regulación prescinde del elemento de causalidad, vulnerando el derecho al trabajo del art. 35.1 CE y, como efecto derivado, impide el control judicial de esa causalidad del despido y, por tanto, el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Alegan los recurrentes que se han vaciado de contenido las causas económicas y empresariales, en la medida en que se procede a identificar las mismas con simples hechos, eliminando el juicio de razonabilidad, y, en segundo lugar, que con ello el legislador persigue un automatismo en la aplicación de las causas legalmente definidas. El resultado de todo ello ha sido una delimitación legal de las causas muy vaga, recurriéndose a fórmulas ejemplificativas, así como la eliminación del elemento de causalidad, pues lo que ahora importa es la concurrencia, sin más, de unos hechos.

<sup>567</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p. 186: “la comparación entre una y otra formulación de las causas que, como se acaba de ver, son distintas en su redacción, no hace fácil la valoración sobre si se está ante una operación de mayor o menor rigor en la exigencia de una justificación suficiente para decidir la no aplicación de lo previsto en convenio. Es indudable que en la actual redacción se pueden observar algunas exigencias que parecen producir una acentuación de tal rigor, pero esta observación no es aplicable a la totalidad de las descripciones vigentes sobre las causas”

<sup>568</sup> Redacción del art. 82. 3 párr. 2º tras Real Decreto Ley 7/2011, con vigencia a partir del 12 de junio de 2011: “Sin perjuicio de lo anterior, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, cuando ésta tenga una disminución persistente de su nivel de ingresos o su situación y perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma.”

<sup>569</sup> Redacción del art. 82.3 párr 2º tras Ley 35/2010 (idéntica a la del Real Decreto Ley 10/2010), con vigencia desde el 19 de septiembre 2010 hasta el 11 de junio de 2011: “Sin perjuicio de lo anterior, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar el régimen salarial previsto en los

incorporar al texto legal la disminución persistente del nivel de ingresos como presupuesto legal habilitante y al cambiar el calificativo de que la situación y perspectivas económicas de la empresa pudieran verse “dañadas” por el menos exigente de “*pudieran verse afectadas negativamente*” como consecuencia de tal aplicación.

En este sentido, de la mera comparación entre las diferentes versiones de los textos legales, se deduce que la achacada flexibilización del presupuesto habilitante es sin duda predicable de las anteriores reformas pero no de la del 2012, primero de la reforma efectuada en el año 2010 mediante la promulgación de la Ley 35/2010, posteriormente de la llevada a cabo en el año 2011 a través del Real Decreto Legislativo 7/2011.

Es el legislador del 2010 y no el de 2012 el que suprime como presupuesto habilitante para el descuelgue salarial el de la exigencia de que la estabilidad económica de la empresa pudiera verse dañada como consecuencia de la aplicación del convenio <sup>570</sup>.

Y en este sentido, si nos remontamos a la práctica totalidad de los trabajos efectuados tras la reforma laboral de 2010, resultan unánimes en este punto las críticas entre los comentaristas de aquella precisamente por la ampliación del supuesto de hecho determinante para descuelgue salarial tras Ley 35/2010. Como botón de muestra de estas críticas, se adujo que del daño a la estabilidad económica de la empresa se pasaba al simple y más liviano daño a la situación y perspectivas de la empresa, lo cual habilitaría situaciones de menor gravedad <sup>571</sup>. O que se estaba abriendo la puerta incluso frente a futuras situaciones y no solamente en relación a circunstancias actuales <sup>572</sup>, haciendo de este modo más fácil el descuelgue salarial al no exigirse ya que los salarios convencionales pusieran en peligro la estabilidad de la empresa <sup>573</sup>. O que se había reducido por el legislador el nivel de exigencia <sup>574</sup>, relativizándose la

---

*convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma.”*

<sup>570</sup> Redacción del art. 82.3 ET párr. 1º vigente del 1 de mayo de 1995 al 17 de junio de 2010: “Sin perjuicio de lo anterior, los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa establecerán las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación...”

<sup>571</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, Relaciones Laborales, nº 21-22, año 2010, Pág. 95. “Se aprecia igualmente una ampliación del supuesto de hecho determinante del descuelgue salarial, por cuanto que con anterioridad se aludía al daño que provocaría a la estabilidad económica de la empresa la aplicación del régimen salarial del convenio sectorial, mientras que a partir de ahora en términos más livianos se apela más a un simple daño a la situación y perspectivas de la empresa lo cual incluso podría incluir situaciones de deterioro económico que no tuvieran tal gravedad como para afectar a la estabilidad económica de la empresa”

<sup>572</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Cláusulas de descuelgue empresarial”, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011 Las causas, Pág. 240: “la reforma es muy flexibilizadora en esta cuestión, pues abre incluso la posibilidad del descuelgue salarial frente a futuras situaciones y no solamente en relación a circunstancias actuales, pues lo posibilita en razón a “la situación y perspectivas económicas” de la empresa. La regla ampara así lo que podría denominarse el descuelgue salarial preventivo.”

<sup>573</sup> RODRÍGUEZ -PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo”, Relaciones Laborales, nº 21-22, año 2010, pág. 26: “El descuelgue se hace más fácil porque ya no se exige que los salarios convencionales pongan en peligro la estabilidad de la empresa y basta que afecten a las posibilidades de mantenimiento del empleo”. En la misma línea en RODRÍGUEZ -PIÑERO Y

gravedad de la patología empresarial exigida hasta septiembre de 2010 y tomando en consideración el legislador variables distintas a las pérdidas económicas, como la caída en el nivel de producción y de ventas <sup>575</sup>. Desde esta perspectiva crítica, tanto descuelgue salarial como genérico se configurarían como instrumentos de flexibilidad interna no sólo ante situaciones ya actualizadas en el presente sino, más allá, en potencia, ante situaciones que pudieran suponer una amenaza futura <sup>576</sup>. Posición que por otra parte se había defendido ya con anterioridad a la reforma del 2010 por cierto sector doctrinal.

Por lo tanto, en estos términos, no hay duda de que es la reforma de 2010 y no la del 2012 la que protagoniza un significativo avance en el camino de la flexibilización del descuelgue salarial.

Avance nada bien recibido entre una parte de la doctrina como acabamos de apuntar. Primero, porque se sustraía la regulación del descuelgue del terreno de la negociación colectiva. Segundo, porque en lo que se refería estrictamente a las causas habilitantes, ya no se exigía la puesta en juego de la viabilidad o estabilidad en el mercado de la empresa <sup>577</sup>. Ello en una

---

BRAVO-FERRER, M.: "la reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010", Relaciones Laborales, nº 15-16, año 2010, pág. 9, "A la misma finalidad flexibilizadora responde la nueva redacción del art. 82.3 ET sobre inaplicación del régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior de la empresa "cuando la situación y perspectivas económicas de la empresa pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la empresa".

<sup>574</sup> LÓPEZ ANIORTE, M<sup>o</sup> C.: "El nuevo régimen jurídico del descuelgue salarial tras la reforma laboral de 2010", en AA.VV., *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (Dir. ALFREDO MONTOYA MELGAR, FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ) Ed. Civitas, primera edición, febrero 2011, pág. 278.

<sup>575</sup> NAVARRO NIETO, F.: "Las perspectivas de reforma en materia de negociación colectiva", *Temas Laborales*, núm. 107/2010, pág. 205: la referencia a las "perspectivas económicas" y su posible afectación sobre el mantenimiento del empleo debe contribuir a relativizar la gravedad de la patología empresarial exigida hasta ahora, por ejemplo, tomando en consideración variables distintas a las pérdidas económicas, como la caída en el nivel de producción y de ventas.

<sup>576</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: "La reforma laboral: sentido político-jurídico y técnico en AA.VV. *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág. 20 y 21: "La reforma no puede ser más flexibilizadora, pues abre incluso la posibilidad del descuelgue salarial frente a futuras situaciones y no solamente en relación a circunstancias actuales, pues lo posibilita en razón a "la situación y perspectivas económicas" de la empresa" o, en el mismo sentido, LLANO SÁNCHEZ en su artículo "La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, nº 22, diciembre 2010: pág. 2643. En sentido contrario, ALFONSO MELLADO, C.L.: "Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna", en AA.VV. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, nº 195, 1ª Edición, pág. 134, para quien, a pesar de la mención a las perspectivas económicas, la causa debería interpretarse como hasta ahora, restrictivamente, debiendo ser la situación de crisis real en todo caso: "Creo, pues, que debe descartarse cualquier interpretación que permita la inaplicación salarial ante situaciones basadas en meras previsiones sin fundamento real o ante situaciones generalizadas pero que no se demuestra que afecten en concreto a la empresa".

<sup>577</sup> LAHERA FORTEZA, J.: "El descuelgue salarial", en AA.VV. *La reforma laboral de 2010*, (Dirección VALDÉS DAL-RE, F.), Editorial Reus 2011. En los mismo términos, MERCADER UGUINA, J.: "La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012. La empresa como nuevo centro de gravedad", en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 363, con la redacción del art. 82.3 ET propuesta en el Real Decreto Ley 7/2011, se produjo la sustitución del término "dañadas" por el de la

reforma que terminó por revestir al descuelgue salarial de un enfoque prevencionista del que probablemente había carecido hasta entonces al haberse interpretado exclusivamente como medida paliativa. Hasta el punto de que los propios negociadores de los convenios habían terminado por situar a la institución en el terreno de la más absoluta ineficacia dadas la exigencias requeridas “autoimpuestas” por la partes negociadoras<sup>578</sup>.

Y en este *iter* reformador, el legislador del 2012, a la hora de definir las causas económicas, opta por reproducir prácticamente en idénticos términos las más exigentes propuestas para el despido colectivo en la reforma del 2010<sup>579</sup>, lo que sin duda constituye la mejor prueba de la mayor exigencia requerida. Si bien, cierto es, suprimiendo la genérica referencia a la viabilidad o capacidad para mantener el volumen de empleo,.

Y en este sentido, si efectuamos una lectura congruente con la predicada “jerarquización” de las causas<sup>580</sup>, -mayor para los despidos, menor para los supuestos de flexibilidad interna-, no parece lógico defender una mayor flexibilización en la redacción legal cuando precisamente ahora el legislador equipara el presupuesto causal en descuelgues con el de los despidos colectivos.

En segundo término, aunque sea ésta una conclusión escasamente referida entre los analistas de la reforma<sup>581</sup>, tras el encaje sistemático y tratamiento uniforme de todos los descuelgues

---

expresión “afectadas negativamente” , *“lo que llevó a considerar que la norma no hacía preciso que la inaplicación del régimen salarial operase como consecuencia de factores que dañasen la estabilidad económica de la empresa, como exigía su precedente, ni que tal daño alcance tal magnitud que produzca efectos irreparables en la economía de la empresa”*.

<sup>578</sup> MUÑOZ MOLINA, JULIA: “Medidas para reforzar la flexibilidad interna negociada y delimitadoras del régimen de extinción del contrato”, *Temas Laborales*, núm. 109/2011, pág. 56: *“El rigor que muchos convenios venían exigiendo para que el descuelgue fuese posible casaba mal con el papel de válvula de seguridad asignado por el ET a este remedio; si sus presupuestos coinciden con los del despido económico, lo más probable es que el empleador opte por esta otra medida y acabemos perdiendo empleos en lugar de poder adquisitivo”*

<sup>579</sup> Apartado 1 del artículo 51 ET en redacción dada por Ley 35/2010: *“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo.”*

<sup>580</sup> Menor en los supuestos de flexibilidad interna, modificaciones sustanciales y movilidad geográfica, mayor en descuelgues, superior aún en supuestos despidos empresariales, CRUZ VILLALÓN, J. “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, nº 21 y 22, año 2010, pág. 95. En el mismo sentido, la Profesora LLANO SÁNCHEZ. M.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 22, diciembre 2010, pág. 2644 o ARAMENDI SÁNCHEZ, P. “Problemas en torno a la justificación de la causa para la adopción de las medidas de despido y/o flexibilidad interna previstas en la Ley 35/2010”, *Aranzadi Social* núm. 17/2010 (Estudio), westlaw BIB 2010\2928, pág. 5, quien lo denomina “escalonamiento en la justificación”

<sup>581</sup> Con alguna excepción, en este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 111 y 112: tras la “unificación” y el encaje sistemático en el 82.3 ET, el descuelgue por causas no salariales *“se hace algo más difícil, no tanto respecto de la regulación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo anterior al RDL 3/2012 (que exigía una situación económica negativa, real o probable, afectando a su competitividad: algo parecido a lo que ahora establece el art. 82.3 ET ) sino con respecto a la actual regulación de la modificación sustancial contenida en el vigente art. 41 ET (el cual*

en el Título III del ET, no resulta discutible que, en lo que se refiere a los anteriores descuelgues “genéricos”, el requisito causal habilitante se presenta mucho más exigente en la norma con la redacción actual que con la vigente hasta la reforma de 2012. Basta al efecto una simple comparación entre la redacción del art. 41 ET en relación con la del art. 82.3 ET antes y después de la reforma.

En este sentido, en el supuesto de aludirse a razones económicas, en la vigente versión del art. 82.3 ET se exige la concurrencia de una situación económica negativa en la empresa, resultando por tanto la redacción actual mucho más exigente que la propuesta hasta febrero de 2012 para los descuelgues genéricos, en los que la norma tan solo exigía que la adopción del descuelgue contribuyera a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos que favoreciera su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda <sup>582</sup>.

Pero lo mismo puede predicarse en el supuesto de ampararse la medida en el supuesto de causas técnicas, organizativas o productivas. De las genéricas razones de contribuir a la evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma, la norma pasa ahora a exigir la constatación de cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción o en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, con lo que ya no valen argumentos sostenidos en meras proyecciones de futuro.

Es por tanto la propia redacción literal del precepto del art. 82.3 ET en comparación con las anteriores versiones de los artículos 41 y 82.3 ET la que por sí misma desmiente la extendida conclusión en el sentido de la pretendida flexibilización causal en la reforma de 2012, antes al contrario.

Ahora bien, dicho esto, y como lógica contrapartida al proceso de unificación y encaje sistemático de todos los descuelgues de convenio colectivo en el Título III del ET <sup>583</sup>, no es menos cierto que, en lo que se refiere exclusivamente al descuelgue salarial, se produce una ampliación de las razones habilitantes <sup>584</sup>. Ampliación sin duda relacionada con el propio aumento de materias susceptibles de inaplicación <sup>585</sup>.

---

*sólo requiere que las causas alegadas para la modificación sustancial estén vagamente relacionadas con la competitividad, la productividad o la organización técnica del trabajo en la empresa”*

<sup>582</sup> En este sentido, la redacción del art. 41.1 último párr. ET tras modificación en la Ley 35/2010: “Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

<sup>583</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p. 186: con la unificación en el art. 82.3 ET del régimen del descuelgue salarial y el de la inaplicación del anterior 41.6 ET “es lógico que se tenga ahora en cuenta otras causas además de “la disminución persistente del nivel de ingresos” o “la situación y perspectivas económicas de la empresa””.

<sup>584</sup> La unificación en el art. 82.3 ET tiene trascendencia sin duda en lo que se refiere al descuelgue salarial, CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en



De este modo, a partir de la reforma del 2012, el descuelgue salarial, además de por causas económicas, va a poder justificarse en razones técnicas, organizativas o productivas vinculadas con la mejora de la productividad o de la organización productiva de la empresa, es decir, en causas sólo indirectamente económicas, aunque no necesariamente en términos de pérdidas o de situación económica negativa <sup>586</sup>. No obstante, una cosa es que se amplíen las razones habilitantes para el descuelgue salarial a las causas técnicas organizativas o productivas y otra muy diferente que se haya producido esa mayor flexibilización causal en la norma <sup>587</sup>.

Y en este debate, que hayan desaparecido de la actual redacción del art. 82.3 ET referencias finalistas vinculadas a la valoración de la mejora de la situación y perspectivas de la empresa, o a una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado, o a compromisos de mantenimiento del empleo, no significa como hemos ya manifestado que el empresario se encuentre exonerado de efectuar una justificación de la medida, debiendo acreditar la conexión entre la causa, la medida propuesta y los efectos sobre los trabajadores afectados a través del juicio de adecuación de la medida <sup>588</sup>.

---

convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 382: ya no sólo tiene por qué estar relacionado con la causa económica.

<sup>585</sup> POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 4 y 5: “Posiblemente, la ampliación de las causas justificativas producida en el art. 82.3 esté relacionada con el propio aumento del abanico de materias que pueden dejarse inaplicadas. Además, en conexión con su finalidad y naturaleza, se quiere dar una interpretación a este acercamiento causal al art. 51 ET en el sentido de que la inaplicación de determinadas condiciones del convenio se vea como una vía alternativa a la del despido colectivo, con el fin de evitar el recurso a éste.”

<sup>586</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 111: “también puede estar justificado por razones sólo indirectamente económicas (pero no necesariamente en términos de pérdidas o situación negativa sino también de mejora de la productividad o de la organización productiva de la empresa) tales como las causas técnicas, las organizativas, y las productivas”.

<sup>587</sup> Desde esta perspectiva, determinado sector doctrinal apunta que, a la vista de la superior amplitud en la redacción de las causas, bastaría con que se verificaran cambios de cualquier tipo en la empresa para que quedara justificado cualquier descuelgue, lo que se interpreta como un muy escaso respeto a la fuerza vinculante del convenio, CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 399: “De este modo, a pesar de que habitualmente se pone el acento en la definición de las causas económicas, ello no resulta tan relevante desde el instante en que en igual medida se incorporan las otras causas (técnicas, organizativas y productivas), que poseen una superior amplitud y, en especial, que no exigen en modo alguno que la empresa se encuentre en una situación de dificultad económica”... “lo que ahonda en esa valoración general de partida de muy escaso respeto a la garantía de la fuerza vinculante del convenio colectivo”.

<sup>588</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 120 y 121, la autora sigue a ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en ESCUDERO, R. (coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid (Cinca), 2012, p. 38.: “que el legislador haya omitido estas previsiones no significa que el empresario no deba hacer un esfuerzo de justificación de la conexión que existe entre la causa o causas alegadas y la medida propuesta”.

La supresión de estas genéricas, -y difícilmente constatables-, referencias del texto legal, no puede en modo alguno servir como argumento para justificar esa pretendida mayor flexibilización del presupuesto causal. Como se ha manifestado en reciente jurisprudencia *“lo que ha querido eliminar (la reforma) no es la conexión de funcionalidad, sino su formulación en términos de objetivos futuros de superación de la situación negativa o preservar/favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado”*<sup>589</sup>.

En este sentido se promuncia el Tribunal Constitucional en la resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la nueva redacción de la norma a propósito de la definición de las causas en supuestos de despidos colectivos: *“la norma impugnada no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota a la definición de las causas extintivas de una mayor objetividad y certidumbre, al evitar la realización de juicios de oportunidad y valoraciones hacia el futuro de incierta materialización.”* A juicio del máximo intérprete constitucional *“no puede afirmarse que el precepto impugnado haya consagrado un despido colectivo no causal o ad nutum, como defienden los recurrentes, basado en un libérrimo arbitrio o discrecionalidad empresarial, sino que ha condicionado la decisión extintiva, como ha sucedido desde sus orígenes, a la concurrencia «fundada» de una causa «económica», «técnica», «organizativa» o «productiva», cuyo contenido y alcance delimita, con el objeto de facilitar tanto la aplicación de la norma (por el empresario con los representantes legales de los trabajadores en el período de consultas), como el posterior control judicial de la decisión extintiva en función de las circunstancias concurrentes.”*<sup>590</sup>. A mayor abundamiento, *“La supresión específica de las referencias que hacía la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, a la prueba de la concurrencia de la causa y a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva, ni desdibuja las causas extintivas, ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial de cara a la adopción de la decisión sino, antes al contrario, suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones, podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica, de hechos negativos, por las dificultades para demostrar que la decisión extintiva servía «para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado» o «para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma» en orden a favorecer «su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda». Y la nueva redacción no otorga mayor espacio a la discrecionalidad empresarial que la anterior en la adopción de una decisión extintiva, sino que, atendiendo a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dota de mayor certidumbre al contenido de la decisión, tanto de cara a su aplicación, como al posterior control”*.

---

<sup>589</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “Reflexiones sobre la reforma de los despidos económicos en el Real Decreto Ley 3/2012”, Ponencia en Jornadas sobre la reforma laboral de 2012, organizadas por la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.

<sup>590</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, Pleno, de fecha 22 de enero de 2015, número 8/2015, en recurso 5610/2012, Ponente Encarnación Roca Frías, F.J. 7º, B.O.E. nº 47 de 24 de febrero de 2015

## 1.2.- Automaticidad en la constatación de las causas vs adecuación de la medida

Analizados los aspectos esenciales en lo que concierne a la conceptualización de las causas tras el nuevo diseño legal de la institución, pasamos a referirnos al debate planteado tras la promulgación de la reforma laboral de 2012 en torno a la automaticidad en su constatación.

Tres son los condicionantes que en este sentido inciden de manera directa en la cuestión.

En primer lugar, es el propio legislador el que en la exposición de motivos de la norma, y a propósito de los despidos objetivos y colectivos, efectúa una declaración de principios al establecer que su control judicial deberá ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos, las causas. Tal y como expresamente se anuncia en el propio preámbulo, se suprimen del texto legal cualesquiera referencias normativas que habían venido introduciendo elementos de incertidumbre al incorporar proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos<sup>591</sup>. La declaración se refiere en principio a los supuestos de despidos por razones empresariales, pero resulta sin duda aplicable para los descuelgues como consecuencia de la aludida “circularidad de conceptos”.

En segundo término, no es discutible que esas proyecciones finalistas, vinculadas a la mejor organización de los recursos, a la posición competitiva de la empresa y su más adecuada organización de los recursos, o a la viabilidad empresarial y al mantenimiento del empleo, amparaban un control judicial sobre la idoneidad de las medidas propuestas y su carácter necesario, control en muchas ocasiones discrecional. En este sentido, la supresión de la redacción de la norma de estas exigencias sin duda incide en el margen de control judicial.

En tercer lugar, la mayor objetivación en la definición de las causas, con la consecuente simplificación de la estructura jurídica del elemento causal, no resulta discutible, lo que a su vez redundaba en una simplificación de los parámetros interpretativos empleados en el control judicial<sup>592</sup>.

Con estos ingredientes, no obstante, entre los tempranos comentaristas de la reforma se interpreta la norma en el sentido de que, aún con la nueva redacción legal propuesta,

---

<sup>591</sup> Apartado V párr. 8º de la exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: *“También se introducen innovaciones en el terreno de la justificación de estos despidos. La Ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Más allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de la Jurisdicción Social y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos, cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores.”*

<sup>592</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 38 y 39

resultaba posible deducir un espacio adicional de control judicial más allá de la mera constatación de los hechos, control a partir de un principio de proporcionalidad y de relación causal deducible en una interpretación sistemática y teleológica de la norma<sup>593</sup>.

En esta línea interpretativa, el hecho de que el legislador hubiera omitido en la norma previsiones relacionadas con la mejora de la situación y perspectivas de la empresa, con una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o con la asunción de compromisos de mantenimiento del empleo, no significaba que el empresario no debiera hacer un esfuerzo de justificación de la conexión existente entre la causa o causas alegadas y la medida propuesta<sup>594</sup>.

En consecuencia, en la duda entre si las causas debían de tener una lectura finalista o si simplemente se debía efectuar una lectura literal de la norma, a la vista de la trascendencia de la medida y de que no siempre se materializaría a través de un acuerdo directo entre empresa y sus interlocutores, se apostaba por la necesaria conexión entre la concreta causa alegada, la específica medida que se proponía y los efectos para la marcha de la empresa, debiendo justificarse el alcance e intensidad de la medida por la mayor o menor gravedad de la causa alegada desde la perspectiva del necesario respeto al principio de proporcionalidad<sup>595</sup>. De este modo, se proponía un justo equilibrio entre el sacrificio del trabajador y la superación de la crítica situación de la empresa<sup>596</sup>.

A mayor abundamiento, en esta interpretación a favor del control “amplio”, se defendía que la jurisdicción social pretendiera salvaguardar un juicio de razonabilidad o proporcionalidad de las medidas por la vía de la exigencia de buena fe o del control del abuso de derecho y el fraude de ley<sup>597</sup>.

---

<sup>593</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “El Real Decreto Ley 3/2012: aproximación general”, en AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, TB, 2012, p. 35.

<sup>594</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 381.

<sup>595</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en GARCÍA PERROTE y MERCADER (Dirs.), *Reforma laboral 2012*, Lex Nova, 2012, p. 400.

<sup>596</sup> POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 11: “En cualquier caso, parece que la intensidad de las medidas novatorias guardará relación con la gravedad de la situación económica de la empresa afectada, siendo los interlocutores los que habrán de ajustarse a los postulados de proporcionalidad y de reparto equitativo de los sacrificios requeridos para el restablecimiento del equilibrio empresarial. Esto es, debe existir un justo equilibrio entre el sacrificio del trabajador y la superación de la crítica situación de la empresa”.

<sup>597</sup> En este sentido, refiriendo criterio de RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Flexibilidad interna y externa en el Real decreto Ley 3/2012”, *Diariolaleyes*, p. 7; GOERLICH PESET, J.M.: “El Real Decreto Ley 3/2012: aproximación general”, en AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, TB, 2012, p. 35-36; BLASCO PELLICER, A.: “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012”, AA.VV. (Ángel Blasco Pellicer, Luis Miguel Camps Ruiz, José María Goerlich Peset, Remedios Roqueta Buj, Tomás Sala Franco), *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, tirant lo Blanch, “colección laboral”, nº 207, 2012, p. 165-166, se refiere NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 39.

En todo caso, el debate se clarifica sobremanera a partir de la promulgación del Reglamento por el que se desarrollan las funciones decisorias de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en descuelgues de convenio.

En este sentido, la norma reglamentaria expresamente previene que, una vez constatada la concurrencia de las causas por el órgano decisorio, y antes de pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación, el órgano tripartito o el árbitro deberán necesariamente valorar su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados<sup>598</sup>.

A partir de esta regulación, la doctrina científica se reafirma en su inicial interpretación en el sentido de que la simplificación del concepto legal de las causas no significaba que el control judicial quedara circunscrito a la mera constatación de los hechos<sup>599</sup>, superándose de esta forma el mero juicio de causalidad formal<sup>600</sup>.

---

<sup>598</sup> Art. 22. 3 -“Cuando se aprecie la concurrencia de las causas, la Comisión deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. La decisión podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, la Comisión se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo”- y 24.4 -“Cuando aprecie la concurrencia de las causas, el árbitro deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. El laudo podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, el árbitro se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo”- del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>599</sup> PALOMO BALDA, E.: “111 sentencias en materia de despido colectivo (y 2 más): un balance provisional”, *Diario La Ley*, Boletín nº 8136, de 29 de julio de 2013, La Ley, grupo Wolters Kluwer, [diariolaley.es](http://diariolaley.es), p. 5: *Conforme al criterio predominante, los órganos judiciales han de llevar a cabo dos operaciones jurídicas sucesivas: comprobar, ante todo, si concurre la situación económica negativa, o los cambios alegados por la empresa para justificar el despido colectivo; y, una vez hecha esa constatación, tomar en consideración los datos objetivos concurrentes a fin de determinar si entre la intensidad intrínseca de la situación o cambio acreditado y su nivel de incidencia en el ámbito en que se actualiza, y la decisión que se le vincula de resolver la totalidad o de parte de las relaciones laborales, existe una relación de adecuación o correspondencia; juicio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad, que puede alcanzar tanto a la virtualidad extintiva de la causa como al número de puestos de trabajo afectados, correspondiendo a la empresa la carga de justificar que el despido colectivo es una medida razonable y proporcionada. En esta misma área de las causas y fuera del marco de los despidos colectivos acordados por las Administraciones Públicas, no se aprecian novedades dignas de mención.* La conclusión lo es a propósito de los despidos pero aplicable sin duda para los descuelgues.

<sup>600</sup> FALGUERA BARÓ, M.A.: “La causalidad de los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos después de la Ley 3/2012: reflexiones tras un año de doctrina judicial por la vía del artículo 124 LRJS”, *Jurisdicción Social, Revista on line de la Comisión de lo Social de Jueces para la Democracia*, nº 133, junio de 2013: “Y a una conclusión similar cabría llegar en relación a otra medida paliativa del despido como la inaplicación del convenio del artículo 82.3 ET, tras la aprobación del RD 1362/2012, en el que en forma expresa se prevé, respecto a la posible intervención en la materia de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos que, tras la declaración de concurrencia de causa “la Comisión deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores

Y en esta línea se viene interpretando la reforma legal en la doctrina judicial, sentándose el criterio en el sentido de que la pretensión de objetivar los criterios de apreciación de la causa no debe confundirse con su automaticidad.

Aun partiendo de la desaparición en la redacción del texto legal de las justificaciones finalistas de la regulación precedente, -que obligaban a la empresa a demostrar la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar su posición competitiva en el mercado, cuando la causa era económica, o contribuir a prevenir una evolución negativa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, cuando la causa era técnica, organizativa o de producción-, la doctrina judicial ha venido concluyendo reiteradamente en el sentido de que esa desaparición no significa que el empleador no esté obligado a demostrar la adecuación entre las causas y la medida tomada. Lo que le obliga a relacionar la intensidad de éstas con la extinción de los contratos aunque hubieran desaparecido esas justificaciones finalistas, justificaciones que, por otra parte, obligaban a consideraciones prospectivas difíciles de acreditar<sup>601</sup>.

Por consiguiente, a propósito de las causas en los despidos colectivos, se sienta el criterio de que la nueva regulación no ha liquidado la conexión de adecuación entre la causa económica, organizativa y productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, exigiendo a la empresa la superación de tres fases. Una primera, en la que debe acreditar la situación económica negativa o, en su caso, los cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, o cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado. Una segunda, en la que debe determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo que se pretenden extinguir. Finalmente, una tercera, en la que debe probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad

<sup>602</sup>.

---

*afectados” (art. 22.3), reiterándose luego un redactado similar en el artículo 24.4 respecto a la actuación de los árbitros”.*

<sup>601</sup> Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional con el número 140/2013 en fecha 4 de julio de 2013, en procedimiento 169/2013 Ponente Ricardo Bodas, F.J. 12º.

<sup>602</sup> Textualmente, F.J. 12º de la resolución aludida en la cita previa: “*Así pues, la justificación del despido por causas económicas, productivas u organizativas exigirá a las empresas la superación de tres fases: a.- Acreditar la situación económica negativa o, en su caso, cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, o cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado. b.- Determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo que se pretenden extinguir c.- Probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad Por consiguiente, la nueva regulación del art. 51.1 ET no ha liquidado la conexión de adecuación entre la causa económica, organizativa o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.- Por el contrario, deberá acreditarse que el despido es procedente para corregir desajustes en la plantilla, lo que obligará a demostrar que los contratos, cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva.*”

De este modo, la prueba exigida al empresario requiere no sólo la acreditación de la concurrencia de la causa sino también relacionar la intensidad de ésta con la pérdida de eficiencia de los contratos. Y en este juicio de ponderación, expresamente se entiende aplicable como guía o parámetro interpretativo el de la regulación establecida por el legislador en materia de inaplicaciones de convenios a propósito de la intervención decisoria de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos<sup>603</sup>.

Sentado el criterio para el supuesto de las medidas de flexibilidad externa, el razonamiento es plenamente trasladable para el supuesto de los descuelgues de convenio. Incluso con mayor razón aún a la vista de la aplicación directa de la regulación a las funciones decisorias del órgano tripartito. Con un interesante matiz: partiendo del necesario juicio de adecuación, la intensidad de la causa no puede tener la misma entidad para los descuelgues que para los despidos, a la vista de los diferentes intereses en juego en uno y otro supuesto<sup>604</sup>.

Y en esta línea interpretativa, el Tribunal Supremo cierra de manera definitiva el debate respecto de la necesaria adecuación.

En este sentido, se confirma el criterio de que *“no corresponde en el derecho vigente a los órganos jurisdiccionales, al valorar las causas de los despidos económicos, efectuar un juicio de*

---

<sup>603</sup> Nuevamente apelando al criterio mantenido en la Sentencia de la Audiencia Nacional 140/2013, “La prueba exigida al empresario requerirá acreditar la concurrencia de la causa económica, organizativa o productiva, que son las causas más anudadas entre sí, como viene sosteniéndose por la mejor doctrina, así como relacionar suficientemente la intensidad de la causa o causas acreditadas con la pérdida de eficiencia económica de los contratos que pretenda extinguir.- Así lo viene admitiendo el legislador, que en los arts. 22 y 24 RD 1362/2012, de 17 de septiembre, que regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos prevé que tanto cuando resuelva la Comisión como tal o el árbitro nombrado al efecto, deberán despejar, en primer lugar, la concurrencia de causas y, si las acreditan, deberán valorar la adecuación entre la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados, lo cual exigirá, como no podría ser de otro modo, valorar concretamente la intensidad de las causas.”

<sup>604</sup> Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional número 190/2013, de fecha 28 de octubre de 2013, en recurso 284/2013, Ponente Ricardo Bodas, F.J. 5º: “Aunque la norma no menciona la intensidad de la causa, se ha defendido con razón, que esta **no puede tener la misma entidad para los descuelgues que para los despidos**, puesto que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo («flexibilidad externa» o «adaptación de la plantilla») que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo («flexibilidad interna» o «adaptación de condiciones de trabajo»). **La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que 38 de la Constitución , se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de «reestructuración de la plantilla», la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la «libertad de empresa» y el «derecho al trabajo» de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional, como ha defendido la jurisprudencia, por todas STS 17-05-2005, rec. 2363/2004. En cualquier caso, el empresario deberá informar y razonar suficientemente la concurrencia de la causa en el funcionamiento de la empresa, porque dicha información es el requisito constitutivo para que el período de consultas pueda alcanzar buen fin, por todas STS 30-06-2011, rec. 173/2010 y 27-05-2013, rec. 78/2012 , lo que no sería posible si el empleador se limita a demostrar la concurrencia de causas, por todas SAN 28-05-2012, proce. 81/2012 . Así lo dispone el art. 4 del Convenio 158 de la OIT, que exige dos requisitos: concurrencia de causa justificada y que esté relacionada, entre otras, con el funcionamiento de la empresa.” (Negrita del que suscribe)**

*proporcionalidad en el sentido técnico-jurídico de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada, **sino un juicio de adecuación más limitado**, que compruebe la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el artículo 51 ET, y la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses acordados”*<sup>605</sup>.

En esta línea, de nuevo el Tribunal Supremo reitera su conclusión a propósito de una medida de flexibilidad interna, en concreto en un supuesto de impugnación de determinada medida colectiva de modificación sustancial de condiciones de trabajo : *“aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [ art. 24.1 CE ], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que **a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada**; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales. Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad]...”*<sup>606</sup>.

De este modo, **más allá del necesario juicio de adecuación**, y confirmándose anterior línea jurisprudencial<sup>607</sup>, **no se trata de discutir al empleador la racionalidad de la medida, desde la perspectiva de que sólo al empresario le incumbe la toma de la decisión en su condición de titular de la empresa**, lo que no supone un obstáculo para el obligado control judicial<sup>608</sup>. Debiendo desterrarse en la solución de los litigios la aplicación por los tribunales de argumentos valorativos al respecto de la utilidad de las medidas<sup>609</sup>.

---

<sup>605</sup> Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 20 de septiembre de 2013, en recurso de casación 11/2013, Ponente Martín Valverde, F.J. 10. Señalar que ésta resolución ha sido anulada mediante Auto de 26 de marzo de 2014 por incongruencia omisiva. No obstante, la anulación en nada afecta al criterio que establece la Sala respecto del juicio de proporcionalidad como se acredita mediante posteriores resoluciones dictadas al efecto.

<sup>606</sup> Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de enero de 2014, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández, en recurso de casación 100/2013, F.J. 3º.

<sup>607</sup> Exponente de esta línea interpretativa, la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 2 de marzo de 2009, en recurso 1605/2008, Ponente Martínez Garrido, F.J. 5º.

<sup>608</sup> GARCÍA JIMÉNEZ, M.: “El recurrente diálogo entre la “objetivación” y el juicio de estricta legalidad del juzgador en los despidos objetivos: su incidencia sobre empresas públicas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 69/2013 parte Presentación. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

<sup>609</sup> Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional número 95/2014 en fecha 16 de mayo de 2014, en recurso 500/2013, Ponente José Pablo Aramendi Sánchez, FJ 10º: *“Centrado el debate entonces en si ha existido proporcionalidad entre las causas acreditadas, económicas y productivas y las medidas adoptadas, debe tenerse presente que ya antes de la reforma laboral de 2012 la jurisprudencia dejó establecido en numerosas ocasiones que no correspondía al juez sustituir al empresario en sus decisiones directivas y después de la reforma también ha quedado claramente establecido que deben desterrarse en la solución del caso argumentos valorativos de la utilidad de las medidas para prevenir una evolución negativa o mejorar la situación de la empresa, lo que no obsta para que sea competencia del juez verificar no sólo la existencia de la causa (juicio de legalidad) sino la*



Corroborando esta línea interpretativa, recientemente el Tribunal Constitucional ha afirmado que la supresión de las referencias finalistas introducidas en la redacción del texto legal tras Ley 35/2010 suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido, como abstractas en sus objetivos. Sin que ello suponga otorgar mayor espacio a la discrecionalidad empresarial en la adopción de la decisión que con la anterior redacción de la norma. Dejando claro el máximo intérprete constitucional que la norma permite extender en todo caso el control judicial tanto sobre la concurrencia de la causa como de la razonabilidad de la decisión adoptada <sup>610</sup>.

En conclusión, pese a la declaración de intenciones del legislador en el preámbulo de la norma, de la desaparición de conexiones finalistas en su redacción, o de la mayor objetivación de las causas, no hay duda alguna en el sentido de que no resulta posible un control judicial basado exclusivamente en la mera constatación automática de las causas.

En estos términos, resulta obligado para el órgano judicial efectuar un juicio de adecuación de la medida, -que no un juicio de proporcionalidad en el sentido estricto-jurídico del término-. Pero sin que corresponda al órgano judicial entrar a valorar la existencia de otras medidas a su juicio más o menos adecuadas, -juicio de necesidad- sustituyendo con ello la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario <sup>611</sup>.

---

*razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida adoptada, lo que no supone que ésta sea la óptima para alcanzar el objetivo perseguido sino que se adecue razonablemente al mismo (juicio de idoneidad). En este sentido STS de 27-1-2014 Rec. 100/2013 ."*

<sup>610</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, Pleno, de fecha 22 de enero de 2015, número 8/2015, en recurso 5610/2012, Ponente Encarnación Roca Frías, F.J. 7º, B.O.E. nº 47 de 24 de febrero de 2015: ***“La supresión específica de las referencias que hacía la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, a la prueba de la concurrencia de la causa y a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva, ni desdibuja las causas extintivas, ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial de cara a la adopción de la decisión sino, antes al contrario, suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones, podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica, de hechos negativos, por las dificultades para demostrar que la decisión extintiva servía «para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado» o «para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma» en orden a favorecer «su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda». Y la nueva redacción no otorga mayor espacio a la discrecionalidad empresarial que la anterior en la adopción de una decisión extintiva, sino que, atendiendo a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dota de mayor certidumbre al contenido de la decisión, tanto de cara a su aplicación, como al posterior control”***

<sup>611</sup> En este sentido, nos remitimos al criterio sentado en la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 2 de marzo de 2009, en recurso 1605/2008, Ponente Martínez Garrido, F.J. 5º: *“no nos incumbe a los Tribunales de Justicia tratar de hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario”*. Abundando en esta línea jurisprudencial, Sentencia 2271/2009 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 13 octubre de 2009, en RSU 1927/2009, Ponente Biurrun Mancisidor, F.J. 3º: *“El control judicial de los Tribunales ha de recaer sobre la realidad de la causa y sobre la razonable adecuación entre la extinción y la superación de la situación económica negativa, pero el juicio del juzgador no puede llegar al extremo de admitir que la extinción es acertada, y al mismo tiempo, declarar su ilicitud por ser más adecuada la adopción de otras medidas”*.

En palabras del propio Tribunal Supremo, corresponde un juicio de adecuación más limitado, que compruebe la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito y la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses acordados.

### *1.3.- El ámbito de apreciación de las causas*

Para terminar con el análisis de la materia concerniente al presupuesto causal habilitante, tres últimas cuestiones relacionadas con el ámbito de apreciación de las concretas razones económicas, técnicas, organizativas o productivas alegadas por la empresa para poner en marcha el procedimiento de descuelgue.

En primer término, en el supuesto de empresas “multiformes”, con pluralidad de centros de trabajo, debemos valorar cuál debe ser el ámbito de apreciación de las causas: si la empresa en su conjunto o el centro de trabajo afectado en su caso por la concreta medida, diferenciando a estos efectos entre descuelgues motivados por razones económicas e inaplicaciones de convenio con presupuesto en razones técnicas, organizativas o productivas.

En segundo lugar, en los supuestos de grupos de empresas, debemos igualmente valorar en qué medida la pertenencia de una empresa a un grupo mercantil va a condicionar o no a estos efectos la valoración de las causas: si en el nivel del grupo en cuanto tal o si, por el contrario, resulta posible una apreciación de la causa en el nivel de la empresa al margen de su pertenencia al grupo empresarial.

Por último, desde la perspectiva de que nuestro ordenamiento jurídico permite las agrupaciones de empresas para fines mercantiles, ejemplo las agrupaciones de interés económico o las uniones temporales de empresas, debemos asimismo concluir si en estos supuestos de agrupaciones de empresarios el ámbito de apreciación de la causa debe ser el de la concreta agrupación en la que se actualice la contingencia o si, por el contrario, va a resultar necesario constatar la existencia de la causa en las empresas conformantes de la agrupación.

#### **1.3.1.- Ámbito de apreciación de las causas en empresas multiformes: actualización en la empresa en su conjunto vs actualización en la unidad económica de producción**

Como vamos a tener oportunidad de exponer a lo largo del presente estudio <sup>612</sup>, en el supuesto de empresas con una pluralidad de centros de trabajo, el marco normativo actual

---

<sup>612</sup> A estos efectos, la propia normativa reguladora de la constitución de la comisión negociadora representativa ex art. 41.4 ET tras modificación efectuada, primero por el Real Decreto Ley 11/2013, después por Ley 1/2014, deja bien patente la posibilidad de descuelgues a nivel de centro de trabajo. En este sentido, la Ley vincula la legitimación del acuerdo de descuelgue a la efectiva representación de la mayoría de los trabajadores del centro de trabajo afectado por la medida. Nos referimos a ello en profundidad en el Capítulo dedicado al procedimiento. A mayor abundamiento, la remisión a los sujetos negociadores ex art. 87 ET, que ampara la negociación en el ámbito inferior a la empresa, o la normativa reglamentaria de desarrollo de las funciones de la CCNCC, que determina la competencia del ámbito estatal o autonómico en función de que se afecten centros de la empresa de una o más CCAA, inciden en esta interpretación, sobre la que nos pronunciamos expresamente más adelante en este trabajo. En este sentido, en el Capítulo dedicado al acuerdo, más en concreto en el epígrafe dedicado a su eficacia personal, tomamos igualmente partido en relación con la posibilidad de descuelgues con afectación en un nivel concreto de la empresa inferior al de la misma en su conjunto, sin que sea necesaria una

ampara la posibilidad de instar un descuelgue de convenio con afectación no en la empresa en su conjunto sino limitada a un nivel inferior de ésta, por ejemplo, en el ámbito de un concreto centro o centros de trabajo <sup>613</sup>. En estos términos, el ámbito de afectación de la medida vendrá sin duda condicionado por la actualización en ése concreto ámbito del presupuesto legal habilitante aducido.

No obstante, a los efectos que nos interesan y en relación con el presupuesto causal, la posibilidad de instar un descuelgue de convenio con afectación limitada en un nivel inferior al de la empresa presenta algunos obstáculos en el supuesto de que la medida se pretenda amparar en razones económicas. No así en el supuesto de aducirse razones técnicas, organizativas o productivas.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a propósito de medidas consistentes en despidos por razones empresariales, viene concluyendo que, de alegarse causas económicas, el ámbito de apreciación de las mismas debe ser el de la empresa o el de lo que el Alto Tribunal denomina como unidad económica de producción <sup>614</sup>. mientras que en el supuesto de fundamentarse la medida en causas técnicas, organizativas o productivas, el ámbito de apreciación de las mismas puede ser el del espacio o sector concreto de la actividad empresarial en el que hubiera surgido la dificultad o que impidiera su buen funcionamiento <sup>615</sup>.

---

afectación en su conjunto. Nos remitimos íntegramente a estos efectos a lo expuesto en ambos Capítulos.

<sup>613</sup> A título meramente ilustrativo, y a propósito de medidas de flexibilidad interna consistentes en reducciones temporales de jornada de trabajo, Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 5 de diciembre de 2013, en recurso 334/2013, Ponente Ricardo Bodas, F.J. 3º: *“sería absolutamente desproporcionado forzar un ERTE global, cuando la empresa considere que la medida no es necesaria en todos sus centros de trabajo.”*

<sup>614</sup> En este sentido, Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 14 de mayo de 1998, en RCU 3539/1997, Ponente Fernando Salinas Molina, F.J. 2º: *“4 a) La existencia de una “situación económica negativa” comporta, para la determinación de su concurrencia, la valoración del estado económico de la empresa en su conjunto. Suministra argumentos en favor de esta conclusión la STS/IV 24-IV-1996 (recurso 3543/1995) al exigir que la situación económica negativa sea importante, o mejor, suficiente o trascendente, pues como señalaba en relación al concreto supuesto en ella enjuiciado, “la situación económica negativa de la empresa es más que suficiente a los fines comentados, puesto que las pérdidas sufridas por ésta son elevadas”. b) Deben compararse, en consecuencia, beneficios y pérdidas a nivel global empresarial y no separadamente por centros o secciones, pues, en sentido contrario, tampoco sería defendible que si la empresa estuviera en trascendente situación económica negativa a nivel global no pudiera, en ningún caso, adoptar medidas extintivas adecuadas que afectarían a los trabajadores que prestaran sus servicios en los centros o secciones de aquélla que aisladamente pudieran generar ganancias o no estar en concreta situación económica negativa. c) La situación económica negativa, suficiente o trascendente, ha de afectar, por ende, a la empresa en su conjunto o globalidad, lo que no posibilita en este ámbito económico la disgregación de la empresa en secciones o centros separados.”*. En el mismo sentido, Sentencias de fecha 13 de febrero de 2002, en recurso 1436/2001, de fecha 21 de julio de 2003, en recurso 4454/2002, o de fecha 31 de enero de 2008, en recurso 1719/2007.

<sup>615</sup> En este sentido, Sentencia dictada en fecha de 13 de febrero de 2002, en recurso 1436/2001, F.J. 4º, Ponente Manuel Iglesias Cabero: *“CUARTO.- La necesidad de tratar de distinta manera unas y otras causas de extinción del contrato la ha puesto de relieve el propio legislador, en cuanto que ha introducido un factor diferencial para las causas económicas, por un lado, y para las técnicas, organizativas o de producción, por otro, en relación con la finalidad perseguida con la puesta en práctica de una u otras causas; las económicas tienen como finalidad contribuir a la superación de situaciones económicas negativas que afectan a una empresa o unidad productiva en su conjunto. Cuando lo que*

En este contexto, determinada doctrina efectúa una interpretación en la que se concluye la necesidad de apreciación de las causas económicas a nivel de la empresa en su conjunto<sup>616</sup>. En esta lectura, el descuelgue de centro de trabajo queda seriamente comprometido en el supuesto de alegarse causas económicas<sup>617</sup>, al resultar condicionado a la constatación de la efectiva situación económica negativa en el conjunto de la empresa y no en el concreto centro

---

*produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes, de manera que si lo que sobra es mano de obra y así se ha constatado como causa para la extinción de los contratos, la amortización de los puestos de trabajo es la consecuencia de tal medida y no impone la legalidad vigente la obligación del empresario de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio, salvo que se prefiera desplazar el problema de un centro de trabajo a otro, pero sin solucionarlo. En definitiva, podría afirmarse que las causas tecnológicas, organizativas y de producción afectan al funcionamiento de una unidad, pero no colocan a la empresa en una situación económica negativa, todo ello sin descartar la posibilidad de concurrencia de unas y otras."*

<sup>616</sup> Algunos sectores concluyeron con apoyo en la misma en el sentido de imposibilidad de proceder a instar descuelgues salariales en un ámbito inferior al de la empresa pues a su juicio la norma requeriría una consideración de conjunto de lo que se denomina inestabilidad económica en toda la empresa y no en una de sus unidades productivas, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna", *Relaciones Laborales*, nº 11, 2011, p. 41: "*En el planteamiento legal, la posibilidad de descuelgue salarial viene referida a la empresa, entendida ésta como unidad económica o aglutinante del total conjunto de sus elementos, Es la empresa -y no un centro o unidad autónoma de la misma- la que ha de ser dañada en su estabilidad económica para que resulte posible la aplicación del mecanismo legal*". Con independencia de que se refiere a la normativa vigente en 2011, el planteamiento no es el correcto, pues ni es ésa la exigencia legal, ni cabe confundir descuelgue salarial con alegación de causa económica. Otros directamente se refieren a la necesidad de consideración de conjunto de la inestabilidad económica en toda la empresa y no en una de sus unidades productivas, POQUET CATALA, R.: "La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 6 y 7: "*Por otro lado, un elemento que ha causado discrepancia es en relación al ámbito espacial sobre el que enjuiciar la concurrencia de la causa, habida cuenta de la diversificación de las formas de organización productiva. La situación económica que habilita para practicar el descuelgue debe, en principio, acreditarse en la empresa como se desprende de la literalidad del precepto, pero un sector minoritario admite que el ámbito de referencia pueda ser también unidades infraempresariales. La duda que se plantea es si podría realizarse el descuelgue de elementos productivos menores, esto es, de centros de trabajo o unidades productivas autónomas. Según mi parecer y el de la mayoría de la doctrina, parece evidente que la norma requiere una consideración de conjunto de la inestabilidad económica en toda la empresa y no en una de sus unidades productivas*".

<sup>617</sup> Salvo que la empresa tuviera centros de trabajo afectados por convenios diferentes o en caso de que las medidas alternativas se concentraran en uno de ellos, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 67: "*Por su parte, las causas técnicas, organizativas y de producción pueden resultar mucho más vinculadas a la realidad de los centros de trabajo lo que permite concluir que en este caso el ámbito del descuelgue puede ser tanto la empresa como las unidades productivas inferiores, en función fundamentalmente del tipo de medidas que se pretendan poner en marcha*"

de trabajo afectado por la contingencia. Salvo, lógicamente, que nos encontremos ante un convenio o acuerdo de centro <sup>618</sup>.

No obstante, no es ésta a nuestro juicio una conclusión que se deduzca de la citada jurisprudencia.

En este sentido, el Alto Tribunal mantiene que, en el supuesto de aducirse razones económicas, el ámbito de apreciación de las mismas debe ser el de la empresa o el de la unidad económica de producción <sup>619</sup>, utilizando a tal efecto la conjunción disyuntiva para diferenciar entre una alternativa y otra, empresa vs unidad económica de producción.

Siendo así, y partiendo siempre de la premisa de encontrarnos ante el supuesto de una unidad económica de producción, no hay motivo para no poder considerar al centro de trabajo como el ámbito adecuado para la constatación de la causa económica, sin necesidad de hacer exigible la situación económica negativa al conjunto de la empresa.

Quizá la dificultad pueda venir determinada más por la conceptualización de lo que se deba entender como “*unidad económica de producción*” que por el ámbito de apreciación de la causa, pudiendo servir de referencia a estos efectos la definición contenida en el art. 44.2 del ET a propósito de la institución de la sucesión de empresa. En este sentido, el legislador entiende que existe una unidad económica cuando nos encontramos ante un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

Siendo así, en aquéllos supuestos en los que se deduzca la existencia de un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad esencial o accesorio de la empresa, -una contrata por ejemplo-, a nuestro juicio no existe obstáculo para la valoración de la causa económica en el concreto nivel de la empresa afectado por la contingencia económica

---

<sup>618</sup> En aquéllos supuestos en los que la fuente o el origen de la condición modificada tuviera su razón de ser en un acuerdo o convenio de centro de trabajo, no se plantea discusión. El ámbito de apreciación de la causa es el del centro de trabajo afectado por el convenio o pacto. Es el supuesto resuelto en la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 34/2014, de fecha 20 de febrero de 2014, en recurso 297/2013, Ponente Ricardo Bodas, en la que se desestima demanda de conflicto colectivo por modificación sustancial de condiciones de trabajo con base en una posible incompetencia de jurisdicción al tener las condiciones suprimidas su origen en pactos o acuerdos colectivos de cada centro de trabajo individualmente considerado. En estos supuestos, se concluye que la negociación del período de consultas debía efectuarse centro a centro en función del origen de la condición modificada.

<sup>619</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2008, en recurso de casación para la unificación de doctrina número 1719/2007: “*Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala del Tribunal Supremo que el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o **unidad económica de producción**, mientras que el ámbito de apreciación de las causas técnicas, organizativas o de producción es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento (STS 13-2-2002, rec. 1436/2001; STS 19-3-2002, rec. 1979/2001; STS 21-7-2003, rec. 4454/2002)*”. Lo que es seguido, entre otras, en las SSTs/IV 12-diciembre-2008 (rcud 4555/2007), 16-septiembre-2009 (rcud 2027/2008), 8-julio-2011 (rcud 3159/2010) y 31-enero-2013 (rcud 709/2012).” (Negrita del que suscribe). En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de septiembre de 2013, en recurso de casación 11/2013.

negativa <sup>620</sup>, siendo ésta la interpretación más acorde con la realidad productiva actual de numerosas empresas.

### **1.3.2.- Ámbito de apreciación de las causas en los supuestos de empresas pertenecientes a grupos empresariales**

En lo que se refiere a esta segunda cuestión, ya de antiguo se plantea cierto debate en relación a cuál debe ser el ámbito de apreciación de las causas económicas en los supuestos de descuelgues de convenio promovidos por empresas pertenecientes a grupos de empresa mercantiles <sup>621</sup>. Problemática avivada si cabe como consecuencia de determinadas obligaciones formales de información estipuladas en los reglamentos de despidos colectivos respecto de la necesaria aportación de documentación económica de las sociedades dominantes en medidas colectivas instadas por empresas pertenecientes a estos grupos societarios <sup>622</sup>.

En este debate, debemos partir de la premisa de que la empresa se constituye en el ámbito de imputación esencial de los derechos y obligaciones en el mundo de las relaciones laborales. Por lo que, dejando al margen situaciones anómalas, -grupos “patológicos” a efectos laborales-, *“la inaplicación puede fundamentarse en este nivel de acuerdo con las necesidades individualizadas de las empresas”* <sup>623</sup>.

---

<sup>620</sup> En este sentido, la propia jurisprudencia del Supremo es enormemente *laxa* a la hora de interpretar cuando nos encontramos ante unidades productivas autónomas a la hora de aplicar otros preceptos del ordenamiento laboral, por ejemplo, el propio art. 44 ET a propósito del mantenimiento de los derechos y obligaciones de los trabajadores, incluso las responsabilidades en materia salarial y de Seguridad Social, en los supuestos de cambios de titularidad en supuestos de contratas, por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 27 de octubre de 2004, en recurso de casación unificación de doctrina número 899/2002, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea, F.D. 4º.

<sup>621</sup> A este respecto, en materia de despidos por causas objetivas, puede consultarse la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2007, en recurso 641/2005, Ponente Martín Valverde.

<sup>622</sup> Art. 4.5 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada: *“Cuando la empresa que inicia el procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.”*

<sup>623</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 67.

Con carácter general, la personalidad jurídica autónoma de la empresa no es sustituible por la personal laboral del grupo en su conjunto, con la excepción de que se den determinados elementos adicionales constitutivos de la existencia de un grupo a efectos laborales <sup>624</sup>.

En este sentido, reiterada jurisprudencia del Supremo parte de la consideración del grupo de empresas mercantil como una organización perfectamente ajustada a derecho <sup>625</sup>.

Así, reciente jurisprudencia se reafirma en la no responsabilidad con carácter general entre las empresas del grupo <sup>626</sup>, no siendo suficiente la pertenencia a un mismo grupo empresarial para derivar responsabilidad <sup>627</sup>, al requerirse en todo caso la presencia de un componente adicional residido en la conjunción de varios elementos <sup>628</sup>, ostentando los componentes del

---

<sup>624</sup> POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 7.

<sup>625</sup> A estos efectos de consideración de grupo patológico, puede consultarse y trabajo de SERRANO GARCÍA, M<sup>a</sup>.J.: “Los despidos colectivos en los grupos de empresas tras las últimas reformas laborales”, (Comentario a la STS, Sala 4<sup>a</sup>, de 20 de marzo de 2013), *Relaciones Laborales*, nº 11, Sección Comentarios de jurisprudencia, Noviembre 2014, año 30, tomo 1.

<sup>626</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de mayo de 2013, dictada en Sala General, en recurso de casación 78/2012, Ponente Jesús Gullón Rodríguez.

<sup>627</sup> Como con rotundidad se manifiesta en el F. J. 8º *in fine* de la referida Sentencia con relato de abundante jurisprudencia anterior, la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas, no determinando tampoco responsabilidad solidaria la existencia de una dirección comercial común, porque ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos son factores suficientes para afirmar la existencia de una unidad empresarial. Del mismo modo, el hecho de que una empresa tenga acciones en otra o de que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración, no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales, por lo que la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria.

<sup>628</sup> F.J. 9º de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de mayo de 2013, dictada en Sala General, en recurso de casación 78/2012, Ponente Jesús Gullón Rodríguez: “NOVENO.– 1.– Como se recuerda en muchas de las sentencias ya referidas [así, entre otras, la SSTS 26/01/98 –rcud 2365/97–; 04/04/02 –rec. 3045/01–; 20/01/03 –rec. 1524/02–; 03/11/05 –rcud 3400/04–; 10/06/08 –rco 139/05–; 25/06/09 rco 57/08; 21/07/10 –rcud 2845/09–; y 12/12/11 –rco 32/11–], para lograr aquel efecto de responsabilidad solidaria, **hace falta un componente adicional** que esta Sala ha residenciado tradicionalmente –nos remitimos a las sentencias previas a la unificación de doctrina que en aquéllas se citan– **en la conjunción de alguno de los siguientes elementos**: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. 2.– En ese relato de componentes adicionales –determinantes de responsabilidad solidaria– pueden hacerse las siguientes PRECISIONES a) que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél; b) que el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual [prestación de trabajo indistinta] o colectiva [confusión de plantillas] que determinan una pluralidad empresarial [las diversas empresas que reciben la prestación de servicios]; c) que la confusión patrimonial no es identificable en la

grupo un ámbito de responsabilidad propio en cuanto personas jurídicas independientes que son.

En este debate, señala el Tribunal Supremo que las referencias a las obligaciones de información referidas a la empresa dominante del grupo en expedientes de regulación de empleo no alteran sus anteriores criterios, teniendo esta obligación una mera finalidad informativa al objeto de acreditar la “limpieza” de las relaciones entre empresa matriz y sus

---

*esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable –aunque pueda ser un indicio al efecto– de la mera utilización de infraestructuras comunes; d) que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como «promiscuidad en la gestión económica» y que al decir de la jurisprudencia –STS 28/03/83 Ar. 1207– alude a la situación de «permeabilidad operativa y contable»; e) que con elemento «creación de empresa aparente» –íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas– se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo»; y f) que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio –determinante de solidaridad– cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante. 3.– De esta forma, la enumeración de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo bien pudiera ser la que sigue: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo –simultánea o sucesivamente– en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo –anormal– de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores. En todo caso parece oportuno destacar –con la ya citada STS 20/Marzo/13– que «el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad. Entre otras cosas, porque en un entramado de ... empresas ..., la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma».” (Negrita del que suscribe)*



filiales <sup>629</sup>. Interpretación ésta seguida de manera reiterada a partir de mayo de 2013 en la doctrina judicial <sup>630</sup>.

Siendo así, y en consonancia con esta consolidada interpretación jurisprudencial, el ámbito de apreciación de las causas económicas en los supuestos de empresas pertenecientes a grupos de empresa mercantiles debe ser el de la empresa individualmente considerada, nunca el del grupo en cuanto tal, y ello por mucho que exista la obligación de efectuar cuentas consolidadas <sup>631</sup>.

Es ésta la interpretación que se ha seguido en la doctrina judicial a propósito de descuelgue salarial instado en determinada empresa perteneciente a un grupo mercantil en el que no se constataban los elementos requeridos para la conceptualización del grupo de empresa como

---

<sup>629</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de mayo de 2013, dictada en Sala General, en recurso de casación 78/2012, Ponente Jesús Gullón Rodríguez, F.J. 9º apartado 4: “4.– Tras la precedente exposición de la doctrina hasta la fecha sostenida por la Sala, tan sólo resta tratar sobre el alcance que deba darse al hecho de que los Reglamentos sobre procedimientos de despido colectivo [art. 6 RD 801/2011; y art. 4 RD 1483/2012] impongan a la empresa dominante del grupo –concurriendo ciertas circunstancias– la obligación de aportar determinados documentos. Para el Tribunal, este dato no altera nuestros precedentes criterios sobre la responsabilidad del grupo, y su más que probable finalidad es meramente informativa acerca de la «limpieza» de relaciones entre la empresa matriz y sus filiales, así como de la posible concurrencia de alguno de los elementos adicionales –determinantes de responsabilidad solidaria– a que más arriba se ha hecho referencia. Si la intención del legislador hubiese sido otra, en concreto la de establecer con carácter general la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo e incluso tan sólo la de ampliar el ámbito a tener en cuenta en las extinciones por causas económicas [extendiéndolo a la totalidad del grupo o a la empresa matriz], esta importante consecuencia se habría establecido –razonablemente– con carácter expreso. Conclusión que parece reforzarse por la jurisprudencia comunitaria dictada en interpretación del art. 2 de la Directiva 98/59, y que niega la cualidad de empresario a la empresa matriz en los grupos de empresa, aún para el caso de que la decisión extintiva fuese decidida por aquélla [STJCE 10/Septiembre/2009, Asunto AEK y otros, apartados 57 y 58].”

<sup>630</sup> Esta jurisprudencia del Supremo en cuanto al carácter restrictivo en la interpretación de lo que deba conceptuarse como grupo a efectos laborales es la que se sigue de manera recurrente a partir de mayo del 2013 en la doctrina judicial. En este sentido, Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional con el número 223/2013, en fecha 10 de diciembre de 2013, en recurso 333/2013, Ponente Fernández Lomana o Sentencia 1/2014 de la misma Sala de fecha 13 de enero de 2014, en recurso 154/2013, Ponente Ricardo Bodas.

<sup>631</sup> A propósito de medida consistente en despido, la Sentencia 190/2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 18 de enero de 2010, en recurso de suplicación 5646/2009, Ponente Colino Rey, F.J. 3º: “El motivo del recurso no puede ser aceptado porque para valorar la situación económica negativa como causa para la válida extinción del contrato de **trabajo no es necesario tener en cuenta la situación económica y patrimonial de todas las empresas del mismo grupo, excepto cuando se produzca una situación de unidad empresarial**. En estos casos, puede aceptarse que habrá que estar a la situación patrimonial de todas las sociedades que conforman el grupo empresarial, a la hora de determinar la posible existencia de una situación económica negativa, que pueda justificar la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, ya que se considera que el verdadero empleador del trabajador no sería la sociedad a cuya plantilla se encuentra formalmente adscrito, sino el conjunto formado por todas las empresas que configuran la situación de unidad empresarial”. (Negrita del que suscribe)

laboral <sup>632</sup>. Como ya se pusiera de manifiesto propósito de los descuelgues salariales del anterior art. 82.3 ET, sólo en el supuesto de que el grupo entero resultara ser la empresa, el poder de dirección del empresario habría que extenderlo al grupo y, consecuentemente, el concepto de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas igualmente habría que predicarlo respecto del grupo <sup>633</sup>.

Por otra parte, la consideración de cuál sea el empresario real en los casos de grupos de empresas mercantiles, va a tener su repercusión también en materia de procedimiento.

En este sentido, resultando la empresa el ámbito de imputación de las relaciones laborales, reciente doctrina judicial <sup>634</sup> ha declarado nula y sin efecto determinada medida colectiva

---

<sup>632</sup> Sentencia nº 3355/2011 dictada en fecha 1 de diciembre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, en recurso 6/2011, Ponente Álvarez Domínguez, F. J. 4º

<sup>633</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "El desvelo de los grupos de empresa", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* vol. V parte Estudio, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1998, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 1998\424, p. 9.

<sup>634</sup> Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional con el nº 145/2013, en fecha 15 de julio de 2013, en recurso 200/2013, Ponente San Marín Mazzucconi, F.J. 4º: "*CUARTO.- La promoción del despido colectivo se protagonizó por cinco sociedades pertenecientes al Grupo NH, alegando la parte actora que deberían haber estado presentes todas y cada una de las que conforman este último, al tratarse de un Grupo a efectos laborales. Consta acreditado que el Grupo NH reviste perfil de grupo patológico, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva, y que su matriz, NH Hoteles S.A., presente en el período de consultas, dirige y controla a las otras 16 empresas situadas en España, lo que permite concluir acerca de su necesaria asunción de las responsabilidades laborales de cada una de las empresas del grupo. La Sala ha venido admitiendo la licitud de procedimientos de despido colectivo instados por grupos de empresas a efectos laborales, cabiendo la remisión en este punto a los argumentos vertidos, por todas, en SAN 28-9-12 (proc. 152/2012 ). Pero, más allá de que el despido se promueva por quien es el empresario real, en este caso el grupo, lo que ahora se nos pide es que consideremos si debería haberse llevado a cabo el período de consultas con todas las sociedades que lo componen, a lo que tenemos que contestar negativamente en lo que a este pleito respecta. En SAN 25-2-13 (proc. 324/2012 ) mantuvimos que nuestra legislación actual- comunitaria y nacional- no contempla la participación del grupo mercantil en el período de consultas del despido colectivo, ni siquiera cuando la medida afecta globalmente a las empresas que lo componen y la decisión ha sido tomada por la empresa dominante para todas ellas, lo que es un reprochable signo de desfase entre el marco normativo y la realidad del tejido empresarial, que esconde a quien debería ser el interlocutor real para que el período de consultas alcance sus fines. Desfase que el legislador nacional podría solventar, si lo estimara oportuno, con una regulación que mejorara, en el sentido apuntado, los mínimos previstos en la Directiva 1998/59/CE. Y expresamente indicamos que, " Mientras no se produzca dicha regulación, la negociación global del despido colectivo con la empresa dominante supondrá una buena práctica, cuya utilidad nos parece incuestionable, por cuanto se producirá entre los interlocutores reales, por lo que podrá efectuarse sin problema. - Sin embargo, aunque concluya con acuerdo, no podrá eludir los períodos de consulta en cada una de las empresas del grupo mercantil, que contarán, de este modo, con instrumentos útiles para negociar la incidencia y la adecuación de las causas en cada una de las empresas del mismo." Aquí no estamos ante un grupo mercantil, en el que la presencia de la matriz como interlocutor real no exoneraría de cumplimentar los períodos de consulta con cada una de las empresas afectadas. Nos encontramos, en cambio, con un grupo a efectos laborales, cuya matriz toma las decisiones y asume la responsabilidad en esta realidad empresarial equivalente a una única empresa. Por tanto, se ha negociado con la Dirección de la empresa, lo que se ajusta perfectamente al art. 51 ET. Y ello se ha acompañado de las cuentas de cada una de las sociedades afectadas, más las consolidadas del Grupo, en cuyos anexos constan los resultados económicos de todas las empresas asociadas y dependientes, incluso a nivel internacional. Ahora bien, no deja de sorprender que la alegación de la parte actora no se viera acompañada de dirigir su demanda frente a cada una de las empresas que conforman el grupo, a riesgo de que apreciáramos falta de litisconsorcio pasivo necesario. Pero la excepción no se ha alegado siquiera subsidiariamente, y consideramos que no cabe estimarla de oficio en este caso concreto, dada la*

instada a nivel de grupo de empresa al no darse los requisitos requeridos para la constatación de un grupo a efectos laborales <sup>635</sup>. Por el contrario, en otros supuestos, se ha declarado la legitimación del grupo como tal para la negociación de la medida colectiva en el caso de grupo a efectos laborales, pero siempre partiendo de la premisa de la acreditación de la concurrencia de los elementos adicionales para hacer acreedor al grupo de la consideración de empresario en cuanto tal <sup>636</sup>.

### **1.3.3.- Ámbito de apreciación de las causas en los supuestos de agrupaciones de empresas**

En un escenario diferente al analizado en el epígrafe anterior, es posible que más allá del contexto de un grupo de empresas mercantil se plantee la posibilidad de instar un descuelgue de convenio colectivo, o cualquier otra medida de flexibilidad interna o externa, en el supuesto de determinadas agrupaciones de empresarios entre las que no existe más vinculación que la propia del objeto de la concreta actividad. Nos referimos a los supuestos de las Agrupaciones de Interés Económico o de las Uniones Temporales de Empresas habituales en sectores de actividad vinculados fundamentalmente a la contratación administrativa.

---

*circunstancia de que todas las sociedades están participadas y controladas por la matriz que asume íntegramente la responsabilidad, garantizando así los derechos de los trabajadores."*

<sup>635</sup> Sentencia número 108/2014 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 12 de junio de 2014, en procedimientos acumulados 81 y 86/2014, Ponente Rafael López Parada, F.J. 12º: *"El texto del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores desde su reforma por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, nos dice que "la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento". El criterio desde entonces es claro: lo que determina el ámbito de negociación y, por ello, el ámbito de representación de los trabajadores, es el ámbito de afectación del despido colectivo propuesto, debiendo formarse la comisión negociadora a partir de los representantes legales o sindicales de los trabajadores de los centros afectados. Pero ello no permite superar el ámbito de la empresa, dado que la referencia contenida en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores es siempre la empresa, sin mención alguna a los grupos de empresa. Aunque el periodo de consultas es un periodo de auténtica negociación colectiva, la determinación del ámbito de la negociación no se rige, como en el caso de los convenios colectivos estatutarios, por el principio dispositivo, sino que viene reglado estrictamente por la norma legal en los términos indicados. Por ello, aunque la negociación de los convenios colectivos sea posible en el ámbito de "un grupo de empresas" o de "una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación" (artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores), esa posibilidad no existe en el caso de la negociación del periodo de consultas de un despido colectivo, puesto que en ese supuesto es la Ley la que determina el ámbito de la negociación: dentro de la empresa, mediante una única comisión compuesta por los representantes de los trabajadores de los centros afectados por el despido. Por consiguiente, como ya señalamos en la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2013 (procedimiento 143/2013), el ámbito de negociación del periodo de consultas del despido colectivo no puede superar la empresa y extenderse al grupo de sociedades, lo que significa que solamente cuando exista un grupo de empresas laboral, que tiene la consideración de único empresario a efectos laborales, será este grupo el ámbito de la negociación y no cada una de las sociedades o entes que lo componen."*

<sup>636</sup> Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictada en fecha 28 de septiembre de 2002 con el número 106/2012 en recurso 152/2012, Ponente Carolina San Martín Mazzucconi, F. J. 4º.

En este contexto, es frecuente que varias empresas autónomas entre sí, y sin relación jurídica alguna, decidan unirse para concurrir a la licitación de determinados contratos administrativos, -contratos de obras, de gestión de servicios públicos o de servicios de la Ley de Contratos del Sector Público-, por motivos vinculados, fundamentalmente, a la capacidad y solvencia requerida vía clasificaciones administrativas. Si atendemos a su normativa reguladora, la finalidad de la agrupación de interés económico va a ser la de facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios, sin ánimo de lucro para sí pero con personalidad jurídica propia, limitando su objeto a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios, y respondiendo estos personal y solidariamente de las deudas de aquella <sup>637</sup>. En el supuesto de la unión temporal de empresas, la finalidad se vincula a la colaboración de varios empresarios por tiempo cierto para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, pero en este caso sin atribuirle la norma personalidad jurídica propia <sup>638</sup>.

Nos encontramos por tanto ante figuras jurídicas plenamente vigentes y que responden a una determinada finalidad legal, que actúan como verdaderos empleadores frente a sus trabajadores. Empresarios a los que les resultan exigibles las obligaciones salariales, en materia de Seguridad Social y del resto del ordenamiento laboral en los mismos términos que a cualquier otro por lo que, en estos términos, en principio les aplica igualmente la institución del descuelgue.

Al igual que en el supuesto analizado anteriormente, debemos valorar en qué medida la concurrencia de la causa económica va a tener que apreciarse en el ámbito de su concreto empleador, -la Unión Temporal de Empresas o la Agrupación de Interés Económico-, o si, por el contrario, va a poder exigirse la actualización de la situación económica negativa más allá a las empresas conformantes de estas.

Y en este debate, el propio Tribunal Supremo en reciente resolución se ha pronunciado en relación a la posibilidad de instar un despido colectivo en el ámbito de una concreta Agrupación de Interés Económico <sup>639</sup>, declarando conforme a derecho la medida y descartando la derivación de responsabilidad a los socios vía aplicación de la doctrina del grupo laboral patológico o “anómalo” <sup>640</sup>.

---

<sup>637</sup> Art. 1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, BOE de 30 de abril de 1991: *“Las Agrupaciones de Interés Económico tendrán personalidad jurídica y carácter mercantil y se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza.”*

<sup>638</sup> Art. 7 uno de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional, BOE de 9 de junio de 1982: *“Uno. Tendrán la consideración de Unión Temporal de Empresas el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro.”*

<sup>639</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2013, en recurso de casación 37/2013, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández.

<sup>640</sup> Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de mayo de 2013, en recurso 78/2012, Ponente Jesús Gullón Rodríguez, F.J. 9ª: *“1.- Como se recuerda en muchas de las sentencias ya referidas [así, entre otras, la SSTs 26/01/98 -rcud 2365/97-; 04/04/02 -rec. 3045/01-; 20/01/03 -rec. 1524/02-; 03/11/05 -rcud 3400/04-; 10/06/08 -rco 139/05-; 25/06/09 rco 57/08; 21/07/10 -rcud 2845/09-; y 12/12/11 -rco 32/11-], para lograr aquel efecto de responsabilidad solidaria, hace falta un componente*

En este sentido, el Alto Tribunal concluye que nos encontramos ante una institución con personalidad jurídica propia, con ausencia de componente adicional alguno que nos situara anómalamente ante una realidad empresarial en la que se pudiera vislumbrar la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica o el uso abusivo de la dirección unitaria en perjuicio de los trabajadores. Por lo tanto, en estos términos, y a salvo de que se acreditara la utilización fraudulenta de la figura de la agrupación de interés económico o de la unión temporal<sup>641</sup>, no existe argumento para exigir la constatación de la causa económica más allá del ámbito del verdadero empleador extendiéndola a la de sus socios. Teniendo la agrupación o la unión temporal un objeto lícito y determinado y resultando desde la perspectiva de su naturaleza jurídica algo diverso de las empresas que las componen, nada impediría la tramitación de un

---

*adicional que esta Sala ha residenciado tradicionalmente –nos remitimos a las sentencias previas a la unificación de doctrina que en aquéllas se citan– en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. 2.– En ese relato de componentes adicionales –determinantes de responsabilidad solidaria– pueden hacerse las siguientes PRECISIONES a) que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél; b) que el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual [prestación de trabajo indistinta] o colectiva [confusión de plantillas] que determinan una pluralidad empresarial [las diversas empresas que reciben la prestación de servicios]; c) que la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable –aunque pueda ser un indicio al efecto– de la mera utilización de infraestructuras comunes; d) que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como «promiscuidad en la gestión económica» y que al decir de la jurisprudencia –STS 28/03/83 Ar. 1207– alude a la situación de «permeabilidad operativa y contable»; e) que con elemento «creación de empresa aparente» –íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas– se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo»; y f) que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio –determinante de solidaridad– cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante. 3.– De esta forma, la enumeración de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo bien pudiera ser la que sigue: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo –simultánea o sucesivamente– en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo –anormal– de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.”*

<sup>641</sup> No obstante recordar que la regla general como señala el Supremo en su Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2013, en recurso de casación 37/2013, F.J. 7º, es la de la licitud de la circulación de los trabajadores dentro de las empresas: “lo cierto es que en todo caso no hay que olvidar que salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del art. 43 ET ( SSTs 26/11/90 -rec. 645/90 -; ... 23/01/02 -rec. 1759/2001 -; y 04/04/02 -rec. 3045/2001 -. Y en obiter dicta, las de 25/06/09 -rco 57/08-; 21/01/10 -rcud 1336/09-; y 11/07/12 -rcud 1591/11-).”

procedimiento de inaplicación en ése concreto ámbito con valoración en exclusiva de las causas en la concreta unidad productiva en que se actualizaran.

## **2.- LAS MATERIAS SUSCEPTIBLES DE INAPLICACIÓN EX ART. 82.3 ET**

Como consecuencia de la naturaleza excepcional del producto consistente en la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo, en el descuelgue el legislador parte de un diseño legal de la institución en el que en la propia norma de manera expresa se especifican las condiciones de trabajo o materias que, en su caso, van a poder ser susceptibles de inaplicación.

De este modo, todo lo que no se refiera a condiciones de trabajo queda por tanto fuera del procedimiento de descuelgue, por ejemplo, las cuestiones relacionadas con los derechos colectivos o con la vertiente de las relaciones colectivas de trabajo <sup>642</sup>.

En todo caso, y siguiendo una tradición desde la instauración de la figura en la norma, no existe una libertad absoluta para proceder a la inaplicación de cualquier condición de trabajo, ni siquiera incluso en el supuesto del denominado “autodescuelgue” en el que se procede a inaplicar condiciones de trabajo negociadas en un convenio de empresa, siendo ésta a nuestro juicio una prueba más de la diferente conceptualización de la figura del descuelgue con respecto a otras instituciones como la de la revisión *ante tempus* o la de la misma preferencia aplicativa del convenio de empresa.

Varias son las cuestiones que debemos analizar, las referidas al propio listado de materias, su carácter abierto o cerrado, más allá, la posibilidad de “dispositivización” en convenio de las materias inaplicables.

### **2.1.- Las materias susceptibles de inaplicación de convenios colectivos ex art. 82.3 ET**

Comenzando por la primera de las cuestiones planteadas, si nos referimos a las condiciones de trabajo susceptibles de inaplicación debemos señalar que el actual listado de materias previsto en la redacción vigente del art. 82.3 ET se presenta en la norma como consecuencia de una doble operación. Primera, la del encaje sistemático de los anteriores descuelgues “genéricos” y de los salariales del art. 82.3 ET en el Título III del ET, con el consecuente tratamiento uniforme de todos ellos. Segunda, la de la ampliación propiamente dicha de las materias susceptibles de inaplicación a algunas otras hasta entonces no previstas en la norma, la jornada o las mejoras voluntarias de la acción protectora en materia de Seguridad Social.

En primer lugar, como consecuencia de la opción legal por la regulación uniforme de todos los descuelgues en el art. 82.3 ET, se produce una refundición de las condiciones que hasta ese momento podían ser afectadas por la vía de los anteriores descuelgues “genéricos” y de los

---

<sup>642</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*. nº 57, enero-marzo, año 2012, p. 236 o en el trabajo del mismo autor “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dir.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 397

descuelgues salariales <sup>643</sup>. Uniformidad que presenta indudables ventajas a la vista de la dificultad anterior en la delimitación de las fronteras entre las vías del anterior art. 41 y del 82.3 ET en determinadas condiciones, por ejemplo, sistema de retribución y régimen salarial <sup>644</sup>.

No obstante, y precisamente como consecuencia del tratamiento uniforme, las posibilidades de proceder a un descuelgue de convenio desde la perspectiva de las materias susceptibles de inaplicación se restringen en un concreto supuesto a partir de la reforma laboral del 2012.

En consecuencia, en los anteriormente denominados como descuelgues “genéricos” del art. 41.6 ET en redacción dada por la Ley 35/2010, no existía limitación alguna en la norma en lo que se refería a las condiciones susceptibles de inaplicación. Sin embargo, en la opción del legislador del 2012, el “autodescuelgue” genérico en convenio de empresa debe ceñirse igualmente a las tasadas materias especificadas en el art. 82.3 ET comunes para todo tipo de descuelgues, sean de sector o de empresa, salariales o “genéricos” <sup>645</sup>.

En segundo lugar, en lo que se refiere estrictamente a las materias o condiciones susceptibles de inaplicación, el legislador del 2012 avanza en un camino iniciado con la reforma del 2010 ampliando de nuevo el listado de las materias susceptibles de inaplicación <sup>646</sup>.

De este modo, a partir de febrero de 2012 se incluyen en el listado de materias susceptibles de inaplicación las referidas a la “jornada de trabajo” y a las “mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”. Del mismo modo, se efectúa en el art. 82.3 ET una

---

<sup>643</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 73.

<sup>644</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 33: la unificación “*tiene su sentido si consideramos que con anterioridad resultaba difícil en determinadas materias delimitar con claridad las fronteras entre las vías del art. 41 y 82.3 ET, como ocurría con el sistema de retribución y el régimen salarial*”.

<sup>645</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 375: el cambio “*ha afectado sin duda a las posibilidades de modificación de las condiciones pactadas en convenio de empresa que hasta ahora no estaban limitadas materialmente y a partir de ahora lo están a las materias expresamente previstas en el art. 82.3 ET. Por el contrario, ha supuesto una ampliación de las materias respecto de las que será posible acordar la inaplicación del convenio de sector, al incluirse la jornada de trabajo*”.

<sup>646</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 157, “*El nuevo párrafo segundo del art. 82.3 ET es el pasaje legal que enuncia las condiciones de trabajo objeto de inaplicación, habiendo operado un doble y acumulado cambio: de una parte, se han levantado las restricciones que antes se establecían respecto de la jornada de trabajo y el sistema de remuneración, que sí pueden modificarse ahora, y, de otra, se ha adicionado a ese listado una nueva condición, relativa a “las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”*”.

referencia expresa a la materia de la “cuantía salarial” al incluirla en el texto legal junto con la condición “sistema de remuneración” <sup>647</sup>.

El legislador del 2012 avanza por tanto en la senda abierta con la reforma laboral del 2010, en la que expresamente se habían ampliado las condiciones susceptibles de inaplicación ex art. 41.6 ET a las materias referidas a la “distribución del tiempo de trabajo” y a las “funciones”.

En este sentido, y respecto a la “distribución del tiempo de trabajo”, hay que recordar que la novedad en la norma lo fue de trascendencia, no sólo por interpretarse como una fórmula lo suficientemente amplia como para entender comprensiva dentro de la misma a los descansos y pausas dentro de la jornada o la distribución irregular de la jornada <sup>648</sup>, sino también al entenderse comprendidos dentro de la nueva expresión legal otros componentes del tiempo de trabajo tales como las vacaciones o las licencias o permisos, que hasta esta reforma tenían una confusa ubicación <sup>649</sup>, aportando las novedades seguridad jurídica en un debate no siempre clarificado <sup>650</sup>.

En lo que concierne a las “funciones”, no era comprensible su exclusión del listado anterior, máxime a la vista de su conexión directa con el “sistema de trabajo”, que por el contrario sí que estaba expresamente previsto como materia susceptible de inaplicación <sup>651</sup>.

Aún siendo cierto que en el listado no se comprenden la totalidad de las posibles condiciones de trabajo susceptibles de ser previstas en un convenio colectivo, no lo es menos que se trata de un listado muy amplio <sup>652</sup> en el que se incluyen muchas de las condiciones más destacadas

---

<sup>647</sup> Algún autor defiende con buen criterio que la referencia a la cuantía salarial supone la incorporación en la norma de un criterio jurisprudencial, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 73.

<sup>648</sup> En este sentido, LLANO SÁNCHEZ, M., “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 22, diciembre de 2010, págs. 2632 y 2633 o SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: “La reforma de los artículos 40 y 41 ET”, en AA.VV., *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (Dir. ALFREDO MONTOYA MELGAR, FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ) Ed. Civitas, primera edición, febrero 2011, pág. 206.

<sup>649</sup> DEL REY GUANTER, S.: “Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial.”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 107/2010, Monográfico sobre la reforma laboral, p. 174.

<sup>650</sup> En este sentido, ALFONSO MELLADO, C.: “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AAVV, *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 134 y ss: la incorporación de la distribución del tiempo de trabajo cerraba la tesis interpretativa que entendía que las reglas sobre distribución de la jornada de trabajo previstas en convenios colectivos estatutarios eran inmodificables al tratarse de modificaciones de jornada no amparadas en la Ley, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1998, en recurso de casación 4621/1996.

<sup>651</sup> DEL REY GUANTER, S.: “Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial.”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 107/2010, Monográfico sobre la reforma laboral, p. 174

<sup>652</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva



en el desenvolvimiento de la relación laboral <sup>653</sup> y que se asientan sobre los tres pilares básicos sobre los que descansa la relación laboral de servicios: salario, jornada y funciones.

Condiciones inaplicables siempre dentro de un doble límite. Uno genérico, el del necesario respeto a las normas de derecho necesario, por ejemplo, en materia de jornadas máximas, descansos entre las mismas, retribuciones mínimas, vacaciones, etc...<sup>654</sup>. Otro específico, en este sentido existen condiciones que no van a poder ser susceptibles de inaplicación ni siquiera con acuerdo cuando como consecuencia del descuelgue se diera lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de igualdad aplicable en la empresa <sup>655</sup>.

Precisamente en relación con esta amplitud de las materias susceptibles de inaplicación, desde algún sector doctrinal se apunta que resulta llamativo que el ámbito objetivo para el descuelgue sea mayor que el previsto para la institución de la preferencia aplicativa del convenio de empresa ex art. 84.2 ET, lo que genera “evidentes incoherencias jurídicas”. De este modo, se critica que se reserve la jornada sólo al descuelgue, o que se abra al acuerdo de inaplicación la modificación del sistema retributivo mismo más allá de la regulación del salario base y de los complementos salariales que se ampara en la preferencia aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET <sup>656</sup>.

No obstante, a nuestro juicio, y como ya hemos tenido oportunidad de exponer en el Capítulo dedicado a la naturaleza jurídica del descuelgue <sup>657</sup>, el diferente tratamiento legal en lo que se refiere a las materias susceptibles de descuelgue y de preferencia aplicativa del convenio de

---

Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 17: “*Aún así, es un listado muy amplio, resultado de una ampliación progresiva a través de cambios legislativos sucesivos*”.

<sup>653</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p. 186: “*Conjunto que si bien no comprende la totalidad de las condiciones de trabajo ordenadas en convenio si reúne las más destacadas del contrato de trabajo, con peso específico singular para las dos partes de este último.*”

<sup>654</sup> MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012”, *Aranzadi Social núm. 9/2013 (informes)*, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2013\14, p. 4, “*la inaplicación de las condiciones laborales del convenio ha de respetar los mínimos de derecho necesario marcados por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado (art. 3 del ET) y así, por ejemplo, la no aplicación del convenio en materia organizativa (distribución de turnos de trabajo) deberá cumplir, en todo caso, los mínimos sobre duración máxima de jornada, acumulación de horas y descanso entre jornadas previstos en la Ley.*”

<sup>655</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 76.

<sup>656</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 33. En este sentido, para el autor el descuelgue de convenio colectivo se presenta en la norma como un mecanismo de competencia entre empresas del sector, y se otorga primacía reguladora en este sentido al acuerdo de empresa privando al convenio sectorial de una función normativa uniformadora básica de las condiciones de trabajo.

<sup>657</sup> Nos remitimos al epígrafe 2.2.2 “Diferencias entre inaplicación de convenio ex art. 82.3 ET y preferencia aplicativa del convenio de empresa ex art. 84.2 ET”, del Capítulo II del presente trabajo.

empresa responde a la diferente naturaleza jurídica de una y otra. En este sentido, este diferente tratamiento no es sino la mejor constatación de que nos encontramos ante instituciones diferentes.

El legislador entiende que determinadas materias, por ejemplo la jornada de trabajo, sólo pueden ser inaplicadas excepcionalmente y temporalmente previo presupuesto causal. De ahí que se dé un diferente tratamiento en la norma y no se permita su concurrencia en esta materia a través de la figura del art. 84.2 ET. De ahí también que, en materia de funciones y clasificación profesional, en el descuelgue el legislador se refiera con carácter general a la materia de “funciones”, mientras que en la preferencia aplicativa tan solo se ampare la adaptación en el ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional.

Ahora bien, que nos encontremos ante un listado amplio y que abarque la generalidad de las condiciones de trabajo, no significa que se deba proceder a una lectura restrictiva de las condiciones de trabajo susceptibles de inaplicación reflejadas en la norma <sup>658</sup>.

Entrando en concreto en el análisis de las nuevas condiciones susceptibles de inaplicación, existen novedades importantes en la regulación legal en lo relativo a la cuestión referida al salario como consecuencia de la inclusión en el apartado d) del listado de la referencia expresa a la “cuantía salarial”.

En este sentido, con el nuevo régimen jurídico, que sustituye al del anterior descuelgue salarial, la norma claramente permite que la inaplicación se extienda tanto a los aspectos vinculados con el “sistema de remuneración” como con la “cuantía salarial”, pues ya no cabe duda en este último sentido <sup>659</sup>. A pesar de que incluso con la redacción anterior el concepto “régimen salarial” presentaba una *vis* expansiva muy notable <sup>660</sup>. En este sentido, la redacción legal aporta claridad respecto del anterior panorama legal pues los conceptos “sistema de

---

<sup>658</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 398.

<sup>659</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 375 y 376: “Con la nueva redacción que sobre el particular se ha dado a estos preceptos no cabe duda que es posible inaplicar el convenio en lo que se refiere, sin más rodeos, a la cuantía salarial como en lo que se refiere a los criterios de cálculo pactados, afecten al salario en su conjunto o alguno de los complementos que lo integran, así como la modificación de la estructura misma mediante un cambio en la distribución interna de las partidas salariales”.

<sup>660</sup> MERCADER UGUINA, J.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012. La empresa como nuevo centro de gravedad”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 360: “El antecedente art. 82.3 ET cifraba el objeto del acuerdo de descuelgue empresarial en la inaplicación en las empresas del “régimen salarial” previsto en los “convenios colectivos de ámbito superior a la empresa”. El concepto de “régimen salarial” poseía, con todo, una *vis* expansiva muy notable, extendiéndose tanto a salarios pactados como a condiciones salariales establecidas en las tablas correspondientes o, en general, al régimen económico del convenio”

remuneración" del art. 41.1 ET y "régimen salarial" del 82.3 ET no eran exactamente lo mismo<sup>661</sup>.

En todo caso, en un contexto de constante inseguridad jurídica, es de agradecer la apuesta del legislador en llamar a las cosas por su nombre. En este sentido, prueba de esta inseguridad, reciente jurisprudencia del Supremo, y precisamente apoyándose en la reforma del 2012 y en el contexto histórico de la evolución en la redacción legal, ha concluido que con la anterior redacción de la norma no era posible proceder a una modificación sustancial de la cuantía salarial por la vía del art. 41 ET<sup>662</sup>. Por lo tanto, la previsión legal expresa debe ser bien

---

<sup>661</sup> POQUET CATALA, R.: "La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 8: "No obstante, en relación al sistema de remuneración y cuantía del salario, anteriormente «régimen salarial», no coinciden exactamente los términos, pues el TS ya había señalado que el término «sistema de remuneración» incide sólo en la forma de calcular y lucrar los diferentes conceptos retributivos de los trabajadores, alterando el sistema de devengo de los diferentes complementos, es decir, pudiéndose modificar aspectos cualitativos de la distribución interna, pero no la cuantía de la retribución. Pero, con la actual regulación, no cabe duda que la cuantía del salario también puede ser modificada, es decir, fijar un salario inferior para los trabajadores de su empresa al que viene establecido en el convenio colectivo aplicable, además que con la referencia al sistema de remuneración se pueden alterar todos los conceptos salariales, la estructura, la periodicidad y el cálculo".

<sup>662</sup> Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 12 de Junio de 2013, en Recurso número 103/2012, ponente Jordi Agustí Julia, F.J. 9º, Sentencia que revoca el fallo en Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de abril de 2012: "Pues bien, no hay duda que la "modificación de la cuantía salarial", afecta al núcleo duro, básico, esencial y definitorio de la misma esencia o naturaleza laboral del contrato, de tal modo que, teniendo el derecho del trabajador "a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia", incluso rango constitucional ( artículo 35.1 ET ), nuestro ordenamiento jurídico laboral le otorga la máxima protección, hasta el punto de permitir la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, con la máxima indemnización legal, en supuestos de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado ( artículo 50.1.b) del E.T .). De ahí, que la jurisprudencia haya sido muy cautelosa al respecto, y esta Sala, al no estar específicamente prevista la alteración salarial en el redactado del artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores , en la normativa anterior al Real Decreto-Ley 3/2012 y Ley 3/2012, no ha estimado que pudiera ser materia que pudiera dar lugar a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, aunque si la modificación de la estructura salarial (sentencia de 06-05- 1996. recurso 2682/1995). Lo que si hemos venido señalando con carácter general -y valga por todas la sentencia de 22 de noviembre de 2005 (recurso casación 42/2005 ), es que : "El artículo 41 ya aludido contempla y regula las "modificaciones sustanciales" de las condiciones de trabajo, a las que dispensa tratamiento claramente diferenciado de las decisiones empresariales cuando son el reflejo del poder de dirección y control de la actividad laboral, a que alude el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores , así es que se erige un factor diferencial de la distinta regulación legal de carácter sustancial o accidental del cambio. Ha sido doctrina constante de esta Sala, plasmada en la sentencia de 3 de diciembre de 1987 y en otras posteriores, que por modificación sustancial hay que entender aquella de tal naturaleza que altere o transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas las previstas en la lista "ad exemplum" del artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores , pasando a ser otras distintas de un modo notorio, debido a la ausencia de una regla que nos diga cuando una modificación es sustancial; el adjetivo implica un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser valorado en cada caso concreto, pero siempre el cambio ha de ser trascendente y esencial, entendido como lo más importante de la cosa en concreto." Sin embargo, en la sentencia más reciente de 5 de junio de 2012 (recurso casación 95/2011 ), si nos hemos enfrentado ya directamente con la problemática aquí planteada, es decir, la repetida de si el redactado del artículo 41.1 del ET anterior al Real Decreto Ley 3/2012 y Ley 3/2012, que para el presente caso lo estableció la Ley 35/2010, incluía como materia susceptible de ser modificada por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la cuantía del salario, y hemos dado a esta cuestión respuesta negativa. Señalamos en esta sentencia que : "La interpretación de lo que deba entenderse por "sistema de remuneración" en el texto estatutario vigente en el caso de autos, anterior a

recibida desde la perspectiva de que un descuelgue salarial en el que no se pudiera afectar a la cuantía salarial carecería no sólo de la más mínima lógica jurídica sino que situaría a la institución en el terreno de la inoperancia práctica.

En lo que concierne a la materia de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, desde algún sector doctrinal se afirma que nos encontramos ante la novedad más significativa en cuanto instrumento para el control del absentismo vinculado por tanto a la productividad <sup>663</sup>. Para otro sector <sup>664</sup>, la novedad no sería tanta partiendo del carácter no cerrado del anterior art. 41.2.3º ET y de la interpretación “generosa” del Tribunal Supremo en cuanto a los límites *ratione materiae*, siempre que no se tratase de las materias que se encontraban expresamente excluidas <sup>665</sup>. No es éste por el contrario el criterio de quienes mantienen que esta posibilidad no era posible hasta la reforma del 2012 para el supuesto de descuelgues en convenios de sector, remarcando el carácter cerrado de las materias modificables <sup>666</sup>. Sea como fuere, la realidad es que tras la inclusión expresa de la materia de las mejoras voluntarias en el apartado g) del listado del art. 82.3 ET, la redacción de la norma

---

*la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, puede abordarse a través de las tres vías hermenéuticas habituales, la literal, la sistemática y la histórica. Literalmente, "sistema de remuneración" no equivale a "cuantía de la remuneración". Y desde el punto de vista tanto histórico como sistemático, cuando el legislador quiso autorizar la posibilidad de disminuir la cuantía salarial lo hizo introduciendo un nuevo mecanismo, el del descuelgue salarial, completamente distinto y con requisitos más rigurosos que los de la modificación sustancial. Y, en fin, cuando más recientemente ha decidido abrir la posibilidad de alterar la cuantía salarial mediante el procedimiento del artículo 41 ET, lo ha hecho a través del Real Decreto-ley 3/2012 citado, añadiendo en el artículo 41.1,d ) las palabras "y cuantía salarial" a las ya existentes anteriormente "sistema de remuneración", prueba inequívoca de que son dos cosas diferentes y de que para que la modificación de la cuantía salarial fuera posible por la vía del artículo 41 ET ha sido necesaria una modificación legislativa que no se hallaba en vigor en el caso de autos."*

<sup>663</sup> MERCADER UGUINA, J.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012. La empresa como nuevo centro de gravedad”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 360: “La citada regulación se encuentra vinculada con el posible descuelgue de mejoras voluntarias ligadas a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. El control del absentismo se está convirtiendo en un factor esencial en la dinámica interna empresarial y el establecimiento de sistemas que lo desincentiven debe ser aplaudido en cuanto se materialice en fórmulas que favorezcan una mayor productividad”

<sup>664</sup> ROQUETA BUJ, R.: “La modificación de las condiciones de trabajo”, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 49 a 52

<sup>665</sup> Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 27 de enero de 2003, en recurso de casación 63/2002, Ponente Mariano Sampedro Corral, resolución que expresamente convalida acuerdo de modificación de anterior acuerdo de mejora de acción protectora de Seguridad Social al amparo de la regulación del anterior art. 41.2.3º ET con fundamento en que el listado del mencionado artículo no lo era *numerus clausus* y en la facultad de las partes para novar en acuerdo al permitirse la modificación con amparo en el principio de modernidad, F.J. 3º.

<sup>666</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 376. Idem en CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 129. En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*. nº 57, enero-marzo, año 2012, p. 236, remarcando la importancia de su inclusión dado el carácter cerrado del listado de materias modificables

aporta una indudable y bien recibida seguridad jurídica a la cuestión pues ya no hay duda en este sentido.

Por lo que se refiere estrictamente al concepto de las “Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”, se entienden comprendidos dentro de esta materia tanto los complementos o mejoras de incapacidad temporal como los denominados compromisos de pensiones <sup>667</sup>.

No obstante, se plantea cierta problemática en relación con la cuestión, debiendo distinguirse en lo que se refiere a las mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social entre dos supuestos en función del tipo de mejora de que se trate, derecho en curso de adquisición o de expectativa de derecho, o derecho adquirido y de tracto continuado.

No obstante, aún en el supuesto de derechos adquiridos, *“El acuerdo de empresa también podrá modificar las mejoras voluntarias ya causadas durante la vigencia del convenio colectivo inaplicado, pero sin efectos retroactivos (art. 9.3 CE), esto es, a partir del momento en que entran en vigor y hacia el futuro”*. Aún apuntándose que en el primer escenario, reducción los derechos de previsión social de los pasivos, *“la posibilidad de introducir mediante acuerdos colectivos modificaciones que reduzcan o eliminen los derechos en curso de adquisición y/o generados pero de efectos aún no consumados o agotados por el beneficiario a las prestaciones de Seguridad Social complementaria, resulta manifiestamente injusta y no se acomoda al principio de seguridad jurídica”* <sup>668</sup>.

En todo caso, en esta materia de posible supresión de condiciones de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, -fundamentalmente compromisos de complementos de pensiones concedidos unilateralmente o pactados en acuerdos colectivos-, resulta importante destacar la restrictiva jurisprudencia confirmada recientemente por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo diferenciando claramente entre derechos adquiridos o consolidados y meras expectativas <sup>669</sup>.

---

<sup>667</sup> POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 7: *“de tal forma, que se permite, por ejemplo, que una empresa deje inaplicado el complemento de incapacidad temporal previsto en el convenio colectivo estatutario sectorial o de empresa, o las aportaciones al correspondiente plan de pensiones”*.

<sup>668</sup> ROQUETA BUJ, R.: “La modificación de las condiciones de trabajo”, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 51: *“la disminución de una pensión complementaria afecta a una contraprestación ya cumplida y, por tanto, introduce un efecto de reducción de derechos contra el que no es posible reaccionar y que además tiene un alcance abiertamente expropiatorio”*.

<sup>669</sup> Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2014, en recurso 1221/2013, Ponente Fernando Salinas Molina, F. J. 3º, apartado 4: “Por otra parte, aunque hipotéticamente se entendiera que existe la contradicción de sentencias, y se entrara a resolver el fondo del asunto, tampoco sería aplicable al presente caso la doctrina que se sustenta en la sentencia de suplicación referencial ya que no ha sido asumida por la jurisprudencia de esta Sala de casación, la que, - en interpretación de los arts. 35 y siguientes del Convenio Colectivo de Banca, en relación con la DA 11ª de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado y la DT 14ª de dicha Ley y la DA 1ª de la Ley 8/1987, sobre Planes y Fondos de Pensiones --, ha concluido que << el pretendido derecho la movilización o rescate reconocido al demandante en la sentencia recurrida, derivado del Convenio de la

Poco que decir en relación con la materia referida a la jornada de trabajo. Al margen de que se entiende bien recibida la inclusión de esta condición entre las materias modificables si de lo que se trata es de facilitar la adaptación de las condiciones de trabajo en la empresa. Si acaso, concretar que en reciente resolución el Tribunal Supremo entiende comprendida dentro de la genérica condición de la “Jornada de trabajo” a la materia de las vacaciones <sup>670</sup>.

---

*Banca Privada en los términos expuestos no es tal. En la fecha en que se produjo el cese del actor el fondo interno constituido para garantizar los derechos, las mejoras previstas en el Convenio y garantizadas por la póliza de seguros a que nos hemos referido con anterioridad no eran en absoluto un fondo de pensiones ni existían derechos consolidados de clase alguna que fueran reconocibles como tales en el caso del demandante, sino una mera expectativa de derecho a obtener una mejora, un complemento de la pensión de jubilación para el caso de que la contingencia se produjese estando viva la relación de trabajo >>, negando el complemento pretendido a trabajadores " aunque hubieran sido despedidos de manera improcedente en periodo inmediatamente anterior ", argumentándose en la STS/IV 21-septiembre-2009 (rcud 4298/2007 ) que << en nuestra sentencia de 26 de febrero de 2.007 (recurso 1163/2005 ) se recuerda la doctrina unificada en la materia, interpretando los artículos 35 y siguientes del Convenio Colectivo de la Banca Privada , en relación con la Disposición Adicional 11ª de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado y la Disposición Transitoria 14ª de dicha Ley y la Disposición Adicional 1ª de la ley 8/1987, sobre Planes y Fondos de Pensiones . Y así, se dice que "... carecen del derecho a percibir el complemento de pensión de jubilación quienes al cumplir la edad para lucrar la contingencia ya no se encuentran en activo; y ello aunque hubieran sido despedidos de manera improcedente en periodo inmediatamente anterior, pues a "la fecha de extinción de la relación laboral el demandante no era titular de un derecho adquirido o consolidado, sino de una mera expectativa que, de actualizarse, hubiese cristalizado en un derecho pleno. Porque «el sistema derivado del Convenio colectivo de Banca constituye una mejora de la acción protectora de la Seguridad Social que ha de regirse por lo dispuesto en el art. 192 de la Ley General de la Seguridad Social . Con arreglo a ese precepto, el único derecho que se garantiza a los trabajadores es el de percibir la prestación una vez acaecido el hecho causante de la misma. Nada se dispuso en esa norma, ni tampoco en el instrumento causante del sistema - Convenio Colectivo de Banca- acerca de un posible rescate de derechos en caso de extinción del contrato de trabajo antes de producirse el hecho causante de una prestación. Y, hasta que tal hecho acaezca, el trabajador no tiene más que una expectativa de derecho. Por tanto, ni de la Ley General de la Seguridad Social, ni de las normas del Convenio colectivo, emana el derecho a rescatar o movilizar cantidad alguna». Aceptar la tesis de la resolución impugnada equivale a imponer a uno de los contratantes una obligación que supere las previsiones del pacto colectivo en el que la voluntad de los negociadores quedó bien patente», vulnerando el art. 1283 del Código Civil " >> y que << Y se recuerda también que esa doctrina se ha producido en los siguientes supuestos: " SSTS 05/05/03 -rec. 3495/02 -, para el Banco Español de Crédito; 30/09/03 -rec. 4939/02-, respecto del Banco de Brasil, SA; 02/10/03 -rec. 4701/02-, tratándose del Banco Árabe Español, S.A. "Aresbank"; 07/10/03 -rec. 3670/02-, sobre BNP España, SA; 21/10/03 -rec. 4624/02-, nuevamente frente al Banco de Brasil, SA; 10/05/04 -rec. 4344/03-, para el Banco Español de Crédito, S.A.; 23/07/04 -rec. 4200/03-, para el mismo Banesto; 31/01/05 -rec. 1802/03-, para el Banco del Desarrollo Económico Español, SA; 21/09/05 -rec. 280/04-, tratándose del Banco de Santander Central Hispano, S.A.; y 20 de febrero de 2007 -rec. 3654/2005 - en el caso de la Mutua General de Seguros" >>."*

<sup>670</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 27 de mayo de 2013, en recurso de casación 90/2012, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández, F.J. 3º, que revoca el criterio del TSJ de Asturias de fecha 31 de julio de 2012, procedimiento 11/2012: “2.- Sentado ello, las cuestiones a resolver en el presente caso serían las siguientes: 1ª) si la fijación de las vacaciones es materia comprendida en el elenco efectuado por el nuevo art. 82.3 ET ; 2ª) si se han observado las formalidades - periodo de consultas- previstas por la norma; y 3ª) si concurre causa legitimadora para la modificación llevada a cabo. 1ª).- Aunque ciertamente la redacción estatutaria de los arts. 41.2 y 82.3 difiere al referir la enumeración de condiciones de trabajo modificables, pues en tanto la primera contiene la expresión «entre otras» que no figura en la segunda, la respuesta positiva al primero de los aspectos debatidos viene determinada por tres consideraciones: a) en primer lugar, carecería de sentido que la misma cuestión -vacacional- no fuese susceptible de acuerdo alguno por el hecho de estar regulada en el convenio colectivo y que sí puedan serlo otras materias de importancia cuando menos similar [jornada

Un último apunte en relación con la materia de las funciones referida en el apartado f) del listado, pues aunque no sea novedad en la norma, plantea ciertos interrogantes.

Resulta ciertamente dudoso concretar a qué se refiere el legislador cuando prevé la inaplicación en materia de funciones, pudiendo plantearse dos interpretaciones. Una primera, interpretar que con esta nueva previsión se abre la posibilidad de inaplicar las reglas que pudiera contener el convenio sobre cambios de funciones no incluidos en los supuestos de los arts. 39.1 y 39.2 del ET. Una segunda, vincular esta referencia a las funciones con el sistema de clasificación profesional, de manera que se podría acudir a esta vía cuando se quisiera inaplicar la relación de las tareas o funciones utilizadas en la definición de los grupos profesionales<sup>671</sup>.

A nuestro juicio, dado que el legislador textualmente se refiere a las *“Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley”*, parece más defendible la primera opción en una interpretación integrada de este precepto con el del propio art. 39.4 ET, que expresamente abre la puerta a la modificación sustancial unilateral por la empresa ex art. 41 ET en el supuesto de cambio de funciones distintas de las pactadas o más allá de los supuestos legales previstos para la movilidad funcional.

## *2.2.- El carácter cerrado de las materias susceptibles de inaplicación y la posible dispositivización de las materias en convenio*

Dos nuevos interrogantes se nos plantean en relación con las condiciones susceptibles de inaplicación más allá del análisis particular de las mismas. Primero, si nos encontramos en presencia o no de un listado cerrado de condiciones susceptibles de inaplicación, tal y como parece desprenderse del tenor literal de la norma. Segundo, si resulta posible proceder a una ampliación de las mismas en convenio a través de las posibilidades de “dispositivización” en materia de procedimiento a que se refiere el art. 41.4 ET.

---

*de trabajo, horario y retribución]; b) en segundo término, aunque literalmente no se haga referencia expresa a ello, la cuestión está implícita en los apartados relativos a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, habida cuenta de que -interpretación sistemática, argumentada con acierto por el recurso- el tratamiento legal, como el doctrinal, de las vacaciones se hace dentro del apartado del «tiempo de trabajo» [sección quinta del capítulo II del ET], que en concreto trata de la jornada [art. 34 ], horas extraordinarias [art. 35], trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo [art. 36], descanso semanal, fiestas y permisos [art. 37] y vacaciones anuales [art. 38], por lo que nada más lógico que entender implícitamente incluido el descanso anual entre aquellos conceptos expresamente susceptibles de modificación -lógicamente, con respeto a los mínimos de derecho necesario- por singular acuerdo colectivo [jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo]; y c) esta interpretación es la más ajustada a la finalidad de la norma [la ya referida a que alude el preámbulo del RD-Ley 3/2012], no encontrando esta Sala razón alguna para excluir el cuestionado concepto de entre los susceptibles de modificación por voluntad concorde de la empresa y de quienes -en la parte social- tienen legitimación para convenir colectivamente.”. En este sentido, se puede consultar ROJAS MARTÍN, J.C.: “Fijación del período vacacional como materia negociable al amparo del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Inaplicación de las condiciones pactadas en el convenio colectivo. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo nº 3157/2013, de 27 de mayo de 2013 que resuelve el recurso de casación 90/2012”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 36 (2014), p. 272.*

<sup>671</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 376.

Con respecto a la primera cuestión, carácter abierto o cerrado del listado de condiciones modificables, existe unanimidad entre la doctrina científica a la hora de entender las materias modificables como una lista cerrada <sup>672</sup>. Fundamentalmente por la confrontación de la redacción literal del art. 82.3 ET en relación con la del art. 41.1 ET.

En este sentido, si en la institución de la modificación sustancial el legislador opta por una redacción de la norma en la que se utiliza expresamente la expresión “*entre otras*”, no es ésta la opción que se sigue en la redacción del art. 82.3 ET, en la que el legislador literalmente refiere “*que afecten a las siguientes materias*”.

No obstante, como quiera que en este debate y hasta la reforma de 2012 existían pronunciamientos judiciales que flexibilizaban esta exigencia, determinada doctrina entiende que la posibilidad de proceder al descuelgue sin acuerdo tras la reforma obliga como mínimo a repensar esta interpretación aún con el resultado de entender que nos encontramos ante un *numerus clausus* <sup>673</sup>. En esta interpretación del carácter cerrado de las materias susceptibles de inaplicación, aparentemente nada de lo que no esté contemplado en el art. 82.3 ET podrá ser objeto de descuelgue, lo que obligará en el futuro inmediato a afrontar un problema de deslinde detallado de materias <sup>674</sup>, debiendo calificarse como jurídicamente irregular la pretensión del empresario de alterar una condición distinta de las ahí contempladas <sup>675</sup>.

En lo que se refiere al segundo interrogante planteado, -posible ampliación del listado de materias modificables-, destacado sector doctrinal entiende que el carácter cerrado del listado de materias no cerraría la posibilidad de que la limitación pudiera extenderse, hasta el punto de que el propio convenio pudiera admitir otras materias además de las legalmente previstas.

---

<sup>672</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en ESCUDERO, R. (coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid (Cinca), 2012, p. 45; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo”, en THIBAUT, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012, p.227; MOLINA NAVARRETE, C.: “De las reformas laborales a un nuevo, e irreconocible, “Estatuto del trabajo subordinado”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, nº 348, año 2012, p. 134 y ss; ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 47; POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 7.

<sup>673</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo”, *Revista de Derecho Social* nº 57, año 2012, , p. 236: “*mientras que la lista de las modificaciones sustanciales es abierta y presenta un valor meramente ejemplificativo, en la medida en que precisa que esa relación de modificaciones lo es “entre otras”, no sucede así para la lista de condiciones del procedimiento de descuelgue, que constituye una estricta lista cerrada, en cuanto que en el tenor literal del precepto ha desaparecido esa expresión “entre otras”. Por ello tiene gran valor que en la lista del procedimiento sobre descuelgue se incorpore la mención a las “mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”, pues de lo contrario no podría producirse descuelgue respecto de las mismas*”.

<sup>674</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p74-75.

<sup>675</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 161.



Defendiéndose incluso la virtualidad de los acuerdos del art. 83 ET en la ampliación del juego de los acuerdos de inaplicación <sup>676</sup>. En esta interpretación, sería posible proceder a la ampliación de las materias modificables, con el límite en todo caso de las incluidas en el art. 84.2 ET, por los mismos motivos por los que sería posible proceder a la disposición del procedimiento en sí <sup>677</sup>.

No obstante, a nuestro juicio, no es esta la conclusión que se desprende en una interpretación lógica, sistemática e integrada de la norma en relación con la naturaleza excepcional del mecanismo del descuelgue en cuanto excepción a la fuerza vinculante del convenio.

En este sentido, en el presente trabajo, en concreto en el Capítulo dedicado al Procedimiento, y por los motivos allí apuntados, defendemos una interpretación en lo que a las posibilidades de “dispositivización” del procedimiento muy relativas, hasta el punto de entenderla más como una facultad de modulación que como una posibilidad de disposición del procedimiento. En primer término, porque entendemos que nos encontramos ante una regulación legal que, dada la naturaleza excepcional de la institución, juega como un límite de derecho necesario. Y en este sentido, las reformas laborales en materia de descuelgue iniciadas a partir del 2010 precisamente fueron en la línea contraria, sustrayendo la tutela y regulación de los procedimientos de descuelgue a las partes negociadoras quedando la misma fijada en la Ley. En segundo lugar, porque la posibilidad de “dispositivización” del procedimiento se encuentra prevista por el legislador en exclusiva en el art. 41.4 ET para el procedimiento de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, no habiendo sido prevista en el art. 82.3 ET para el procedimiento del descuelgue. En este sentido, el procedimiento de descuelgue se encuentra regulado en el art. 82.3 ET y en su normativa de desarrollo y la remisión que el legislador efectúa en el art. 82.3 ET al art. 41.4 ET a estos efectos no lo es plena, sino tan solo en lo que se refiere a la constitución de la comisión negociadora. En tercer lugar, es ésta una interpretación que se deduce del tenor literal de la norma en la que no existe la menor referencia a esta posibilidad, antes al contrario, la redacción legal parece lo suficientemente explícita en el sentido de limitación de las materias. Y en cuarto lugar, en el devenir histórico de la regulación legal de la institución el legislador ha limitado las posibilidades de inaplicación desde la perspectiva de las materias en los supuestos de “autodescuelgues”, de inaplicaciones en convenios de empresa, igualando su regulación a la del resto de descuelgues. Esta operación a nuestro juicio constituye la mejor prueba de la intención del legislador de sustraer las cuestiones referidas al régimen jurídico de la institución del ámbito de la autonomía colectiva estableciendo en la Ley reglas de derecho necesario.

---

<sup>676</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 376 y 377: “El carácter cerrado del listado e materias previsto en el art. 82.3 ET ... no cierra la posibilidad de que esta limitación pueda extenderse salvo previsión expresa en contrario, de manera que el propio convenio colectivo pueda admitir que otras materias, además de las previstas legalmente, puedan ser objeto de descuelgue. Tampoco parece incompatible con la opción de que los acuerdos interprofesionales o sectoriales incluyan precisiones al respecto con base en el art. 83 ET, que amplíen el juego de los acuerdos de inaplicación, aunque en tales casos probablemente haya que pensar que no se deba aplicar necesariamente el procedimiento previsto en el art. 82.3 ET, salvo remisión expresa del propio convenio”.

<sup>677</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p.75

Por todos estos razonamientos, nuestra conclusión lo es en el sentido de que nos encontramos ante una serie de condiciones que no van a poder ser ampliadas por la vía de la autonomía colectiva.

#### **CAPÍTULO IV.- EL PROCEDIMIENTO PARA LA INAPLICACIÓN DE LAS CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO EX ART. 82.3 ET**

Antes de entrar a analizar las concretas cuestiones referidas al procedimiento de inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo, resulta necesario determinar con claridad cuál va a ser la normativa aplicable al mismo. Máxime cuando la supuesta mayor liviandad de las causas en los descuelgues desde la promulgación de la reforma laboral del 2012 ha desplazado el debate acerca del control judicial fundamentalmente a las cuestiones formales relacionadas con el procedimiento <sup>678</sup>, con el consiguiente riesgo de declaraciones de nulidad.

##### **1.- NORMATIVA APLICABLE AL PROCEDIMIENTO DE DESCUELQUE**

En principio, la institución de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo se encuentra regulada con carácter general en el art. 82.3 del ET. Sin embargo, el mencionado precepto no contiene ni mucho menos la regulación completa del procedimiento de inaplicación, limitándose a apuntar sus líneas fundamentales.

Así, en el art. 82.3 ET el legislador diseña un procedimiento de inaplicación que va a poder desarrollarse hasta en cuatro fases diferentes en función de la existencia o no de un acuerdo en el inicial período de consultas. Y en este sentido, a cada una de esas fases le va a aplicar una regulación diferente.

En lo que se refiere a la preceptiva primera fase, la del período de consultas, en el propio art. 82.3 ET se efectúa una remisión expresa a la regulación contenida en el art. 41.4 del ET para los supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo, en lo que se ha venido a denominar como un “derecho común de la flexibilidad interna” <sup>679</sup>, a pesar de que no se agota en los instrumentos de flexibilidad interna <sup>680</sup>. En este sentido, todas las cuestiones referidas a la interlocución, a los sujetos legitimados para la negociación, a la constitución de la comisión negociadora, a los plazos, a las reglas para la adopción del acuerdo o la posibilidad de sustitución por procedimientos de solución autónoma, van a regirse por el régimen jurídico previsto en el art. 41.4 ET.

---

<sup>678</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 3: *“Con carácter general, el aligeramiento del control causal de estas vicisitudes como consecuencia de las reformas de 2010 y, en especial, de 2012 ha hecho a los operadores volver su atención a las reglas procedimentales que las gobiernan. Ante la creciente dificultad de combatir en el fondo las decisiones empresariales, se desplaza el contencioso sobre ellas a los aspectos formales. De este modo, aspectos que hasta la fecha permanecían prácticamente vírgenes de tratamiento judicial han pasado a ocupar un lugar estelar en los litigios sobre las distintas vicisitudes contractuales que imperativamente han de ir precedidas de un período de consultas. Los ejemplos son muchos. Me limitaré a traer a colación el que probablemente es más claro: la obligación de negociar de buena fe (infra, 3.3 y 3.4) que había pasado sin pena ni gloria desde su introducción en 1994 hasta los inicios de esta década.”*

<sup>679</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “Hacia un derecho común de la flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, nº 19-20, 2012

<sup>680</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 1.

Por lo que se refiere a la segunda fase ante la comisión paritaria del convenio colectivo, poco se refiere en el art. 82.3 ET, más allá de la naturaleza en principio potestativa de su intervención, o del plazo máximo de siete días estipulado para resolver la discrepancia. Omisión totalmente lógica desde la perspectiva de que nos encontramos ante un procedimiento de solución autónoma del conflicto que deberá regirse, en su caso, por la regulación que las propias partes negociadoras hubieran acordado en el convenio colectivo.

Lo mismo cabe decir respecto de la posible intervención de los órganos de solución autónoma de conflictos creados mediante acuerdos interprofesionales *ex art.* 83 ET en la tercera fase del procedimiento. Tratándose igualmente de vías de solución autónoma de la discrepancia, la intervención vendrá regida por la regulación que las partes negociadoras legitimadas hubieran acordado en el correspondiente acuerdo interprofesional, estatal o autonómico, que resultara de aplicación.

Por último, para el supuesto de solución de la discrepancia ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano equivalente a nivel autonómico, más allá del plazo máximo para resolver de veinticinco días o de la posibilidad de decisión en su propio seno o mediante árbitro designado al efecto, nada más se refiere en el art. 82.3 ET, quedando la regulación del procedimiento al desarrollo reglamentario en función de que la competencia lo sea estatal<sup>681</sup> o autonómica<sup>682</sup>.

---

<sup>681</sup> Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, BOE nº 234 de 28 de septiembre de 2012 o el que corresponda en el ámbito autonómico.

<sup>682</sup> Decreto 69/2013, de 2 de julio, de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, publicado en el BOJA nº 129 de 4 de julio; Decreto 112/2014, de 8 de julio (publicado en el BOA del 18 de julio), se regula el Consejo de Relaciones Laborales de Aragón; Decreto 114/2013, de 4 de diciembre se crea y regula la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos del Principado de Asturias; Decreto 51/2013, de 29 de noviembre, por el que se crea y regula la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos del Consejo de las Illes Balears, publicado en el BOIB de 30-11-2013; Decreto 117/2012, de 12 de dieimbre, por el que se crea la Comisión para la inaplicación de condiciones pactadas en convenios en la Comunidad Autónoma de Canarias; Decreto 19/2014, de 20 de marzo, por el que se modifica el Decreto 56/2010, de 2 de septiembre, de creación del Consejo de Relaciones Laborales de Cantabria, publicado en el BOC de 31/03/2014; Castilla La Mancha, función está asumida por el Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos creada por la Ley 8/2008, de 4 de diciembre, publicada en el DOCM nº 259 de 17-12-2008, estando pendiente de regularse el procedimiento; Decreto 14/2014, de 3 de abril, por el que se regula el Consejo Regional de Trabajo de Castilla y León, BOCYL de 7-4-2014; Cataluña, Decreto 245/2013, de 5 de noviembre, de organización y funcionamiento de la Comisión de Convenios Colectivos del Consejo de Relaciones Laborales, publicado en el DOGC de 7-11-2013; Decreto 62/2014, de 29 de mayo, publicado en el BOCM de 30/5/2014, por el que se crea la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos de la Comunidad de Madrid; Decreto nº 33/2013, de 12 de abril, publicado en el BO de la Región de Murcia de 16/04/2013, por el que se crea el Consejo Autonómico de Relaciones Laborales de la Región de Murcia, CARLA; Decreto 471/2013, de 30 de diciembre, se crea y regula el Órgano para la Resolución de los Procedimientos para la Inaplicación de Convenios Colectivos Estatutarios (ORPRICCE) del País Vasco; La Rioja, Decreto nº 16/2013, de 24 de mayo, de la Consejería de Industria, Innovación y Empleo, publicado en el BOLR de 29/05/2013, por el que se modifica el Decreto 19/2003, sobre creación y regulación del Consejo Riojano de Relaciones Laborales; Decreto nº 88/2013, de 5 de julio, publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 08/07/2013, por el que se regula el Consejo Tripartito para el Desarrollo de las Relaciones Laborales y la Negociación Colectiva de la Comunidad Valenciana. De este modo, sólo hay tres Comunidades Autónomas que han optado por el sistema de colaboración establecido en la Disposición adicional segunda del Real Decreto 1362/2012, asumiendo por tanto la

A mayor abundamiento, la cuestión se complica desde la perspectiva de las facultades de intervención de la autonomía colectiva en esta materia. En primer lugar, porque el modelo legal impone a las partes negociadoras en el convenio colectivo *ex art. 85.3 c) del ET* la regulación entre su contenido mínimo de procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que pudieran surgir para la no aplicación adaptando, en su caso, los que se hubieran establecido al respecto en los acuerdos interprofesionales. En consecuencia, habrá que estar igualmente a esa concreta regulación estipulada en el convenio colectivo. En segundo término, porque la propia norma ampara ciertas posibilidades de “dispositivización” del procedimiento, si bien entendida ésta más como una facultad de modulación que de disposición como apuntaremos en epígrafe autónomo al final de este Capítulo. No obstante, a esta modulación habrá que estar igualmente.

Dicho esto, no acaban los problemas en relación con la normativa de aplicación en materia de procedimiento, pues en determinadas cuestiones el legislador va a prever de manera expresa la aplicación de la regulación reglamentaria prevista para los despidos colectivos y suspensiones y reducciones de jornada por causas empresariales. Por ejemplo, en lo que se refiere a la documentación exigible en las solicitudes de inaplicación ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos<sup>683</sup>.

Como consecuencia de esta remisión, se abre paso entre la doctrina científica y judicial una interpretación de posible aplicación analógica del procedimiento previsto para los supuestos de despidos colectivos, suspensión de los contratos y reducción de la jornada<sup>684</sup>, fundamentalmente por el motivo de que nos encontramos ante una regulación en materia procedimental más garantista para los trabajadores. En este debate, determinada doctrina entiende que la remisión lo sería sin mayores reservas por concurrir una manifiesta identidad de razón<sup>685</sup>. Por el contrario, para otro sector, aquélla regulación ejercerá cierto influjo sobre los requisitos del procedimiento en los descuelgues<sup>686</sup>, operando tan solo de manera indirecta sobre las tres fases anteriores, constituyendo no obstante una buena práctica a seguir<sup>687</sup>.

---

competencia el órgano estatal, a saber, Extremadura, mediante Convenio de colaboración suscrito entre el Ministerio de Empleo y Seguridad social y la Consejería de Empleo en fecha 3 de diciembre de 2013, BOE nº 47 de 24 de febrero de 2014; Galicia, Convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y la Consejería de Trabajo y Bienestar de la Comunidad Autónoma de Galicia, de 15 de octubre de 2013, BOE nº 33 de 7 de febrero de 2014; y Navarra, Convenio de colaboración suscrito entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y Consejería de Economía, Hacienda, Industria y Empleo de la Comunidad Foral de Navarra de fecha 12 de junio de 2013, BOE nº 192, de fecha 12 de agosto de 2013.

<sup>683</sup> Art. 20 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre que de manera directa se remite a la normativa comprendida en el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

<sup>684</sup> Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, BOE nº 261 de 30 de octubre de 2012, sobre todo en lo referido a la documentación preceptiva a aportar especificada en los arts. 3, 4 y 5.

<sup>685</sup> GARCÍA VIÑA, J.: “Los sujetos titulares de las consultas. Legitimación negocial”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 1.

<sup>686</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 89

<sup>687</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid,

Si analizamos la doctrina judicial hasta la fecha, la respuesta sobre la aplicación analógica de la normativa reglamentaria aplicable en los supuestos de despidos colectivos no es unánime.

En principio, si la empresa acredita que los trabajadores disponen de la información pertinente para colmar las exigencias del art. 64.1 ET, sólo estará obligada a aportar los documentos que se consideren trascendentes, no los señalados reglamentariamente <sup>688</sup>. De esta manera, el “patrón de medida” vendría determinado por la reciente jurisprudencia del Supremo aplicable a los supuestos de despidos colectivos en la que se concluye que la no aportación de alguno de los documentos exigidos reglamentariamente no provoca mecánicamente la nulidad de la medida de haberse aportado la documentación trascendente para el buen fin del período de consultas <sup>689</sup>. En esta lectura, el acento deberá ponerse en la pertinencia o no de la documentación aportada por la empresa en relación con las obligaciones de información ex art. 64 ET, considerándose en todo caso buena práctica la de su aportación, por cuanto la misma contribuirá a la mayor transparencia del período de consultas

No obstante, es cierto que existe doctrina judicial en el sentido contrario. En este sentido, también se ha declarado la nulidad de determinadas medidas de flexibilidad interna con sustento en la no aportación de la documentación prevenida en el Reglamento de los despidos colectivos <sup>690</sup>, con lo que la inseguridad jurídica a estos efectos es manifiesta.

En este contexto de cierta inseguridad jurídica, y más allá de la buena *praxis* de aplicación analógica de las reglas previstas en el Reglamento de los despidos colectivos, desde algún sector se propone hacer uso de las facultades de asistencia o incluso de mediación de la autoridad laboral que la normativa confiere a las partes en la norma reguladora de los

---

21 de noviembre de 2013, p. 4: *“Es preciso determinar si la elevada aproximación de la regulación legal de todos estos supuestos a la que se ha hecho referencia más arriba obliga a proceder a una extensión de las indicadas normas reglamentarias al conjunto de las medidas contempladas. No existe una doctrina jurisprudencial ni judicial cerrada en estos aspectos. En algunos casos, los tribunales se han decantado por la aplicación analógica en algunos casos y para resolver algunos problemas. Sin embargo, ha sido mucho más cauta en otros temas, excluyendo que quepa dar a esta cuestión una “respuesta mecánica” consistente en entender aplicable las reglas del reglamento. Con todo, la similitud de las normas legales aplicables y, sobre todo, la común finalidad que caracteriza a todos los períodos de consultas conduce a que, incluso en los casos en se ha rechazado la aplicación analógica, se ha indicado igualmente que seguir los criterios reglamentarios constituye una “buena práctica” para las empresas. Y ello no sólo en el sentido de que seguirla permite satisfacer mejor las expectativas de los representantes de los trabajadores; como veremos luego, presenta también importantes ventajas para ellas puesto que mejora notablemente su posición jurídica ante la eventual impugnación.”*

<sup>688</sup> Es el criterio en la Sentencia de la Audiencia Nacional número 198/2013, de fecha 11 de noviembre de 2013, en recurso 288/2013, Ponente María del Carmen Prieto Fernández, F.J. 6º.

<sup>689</sup> Sentencia del Tribunal Supremo en Sala General, de fecha 27 de mayo de 2013, en recurso de casación 78/2012; Ponente Jesús Gullón Rodríguez.

<sup>690</sup> Es el supuesto de la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 37/2014, de fecha 24 de febrero de 2014, en recurso 493/2013, Ponente Ricardo Bodas, en la que se anula una medida de MSDCT en empresa en concurso y en procedimiento en el que no se debatió sobre las pérdidas por manifiestas.

despidos colectivos y de las suspensiones de contrato y reducción de jornada <sup>691</sup>, en el entendimiento de que “a buen control administrativo, menor control judicial” <sup>692</sup>.

Apuntada la problemática en relación con el régimen jurídico aplicable en materia de procedimiento, y antes de entrar a analizar el aplicable a cada una de las diferentes fases, avanzamos a continuación las líneas fundamentales en lo que se refiere a la propia configuración del procedimiento de inaplicación propiamente dicho.

## 2.- LA CONFIGURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN EN LOS DESCUELGUES

En primer término, el procedimiento va a ser siempre colectivo con independencia del número de trabajadores afectados por la medida. En este sentido se descarta unánimemente la diversificación del régimen jurídico de la medida del descuelgue en función de número de trabajadores afectados <sup>693</sup>, con lo que la regulación en la norma en nada cambia, a estos efectos, con respecto a la anterior <sup>694</sup>. Es ésta una idea básica en materia de inaplicación de convenio colectivo <sup>695</sup> y que se refuerza si cabe aún más tras el encaje sistemático de todos los mecanismos de descuelgue en el Título III del ET, al desvincularse los anteriores descuelgues “genéricos” de las medidas contenidas en el art. 41 ET <sup>696</sup>.

---

<sup>691</sup> Art. 10 del Real Decreto 1483/2012.

<sup>692</sup> PALOMO BALDA, E.: “111 sentencias en materia de despido colectivo (y 2 más): un balance provisional”, *Diario La Ley*, Boletín nº 8136, de 29 de julio de 2013, La Ley, grupo Wolters Kluwer, [diariolaley.es](http://diariolaley.es), p. 5, siguiendo criterio en STSJ Madrid 17 de diciembre de 2012.

<sup>693</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en GARCÍA PERROTE y MERCADER (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 298; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en ESCUDERO, R. (coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid (Cinca), 2012, p. 45.

<sup>694</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 64 y 65.

<sup>695</sup> No siempre pareció interpretarse así, pues resulta curioso comprobar iniciales vacilaciones del Supremo en materia de procedimiento de modificaciones de condiciones pactadas en convenio colectivo, línea interpretativa corregida posteriormente por el Tribunal Constitucional al entenderse afectados los derechos a la negociación colectiva y a la libertad sindical en los supuestos de recurso a la contratación individual en masa -Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003, en recurso 12/2003, corregida por Sentencia del Tribunal Constitucional nº 238/2005, siguiendo criterio en la nº 105/1992, de 1 de julio, 208/1993, de 28 de junio, ó 225/2001-.

<sup>696</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 44: “Una primera consecuencia de ello es que en ningún caso se aplican los umbrales cuantitativos del art. 41 ET, de modo que aunque se pretenda una inaplicación parcial de un convenio colectivo estatutario por afectar a un número reducido de trabajadores dentro de la empresa, siempre y en todo caso se deberá ello tramitar a través del procedimiento del art. 82.3 ET”.

En segundo lugar, a partir de las modificaciones operadas en la institución en agosto de 2013<sup>697</sup>, la negociación se configura a través de la constitución de una única comisión negociadora representativa que, en el caso de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros de trabajo afectados por el descuelgue. En este sentido, se descarta por tanto en la norma la negociación parcelada por centros de trabajo anteriormente amparada en el desarrollo reglamentario en materia de despidos colectivos.

En tercer término, también como novedad a partir de la norma de urgencia de agosto de 2013, con carácter previo a la negociación propiamente dicha, va a resultar necesario el nombramiento y constitución de la comisión negociadora representativa.

### **2.1.- La comisión negociadora única**

Como acabamos de apuntar, la configuración del procedimiento de negociación se modifica notablemente tras las reformas introducidas a partir de agosto de 2013 en la regulación del período de consultas en el art. 41.4 del ET, precepto éste que se va a encargar de regular de manera transversal las consultas en todos los supuestos de flexibilidad interna y externa.

Tras estas modificaciones, el legislador se decanta por un modelo que se va a residir sobre una negociación articulada mediante la constitución de una única comisión negociadora representativa en la empresa, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por la medida<sup>698</sup>. Según declaración expresa en el preámbulo de la Ley<sup>699</sup>, se abandona el anterior modelo que posibilitaba por la vía reglamentaria la negociación parcelada a nivel de centro de trabajo en los supuestos de despidos colectivos, suspensiones de contratos y reducciones de jornada y que provenía del desarrollo reglamentario del año 2011<sup>700</sup>, obligando al legislador a una negociación global a nivel de empresa.

---

<sup>697</sup> Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto BOE nº 185, de 3 de agosto de 2013 convalidado como Ley 1/2014, de 1 de marzo, BOE nº 52 de 1 de marzo respectivamente, en cuyo art. 9 se procede a dar nueva redacción a los arts. 40, 41, 47, 51 y 82 del ET.

<sup>698</sup> Para adaptarse a la modificación normativa del art. 41.4 párr. 1º, se modifica también la redacción del art. 27.1 del RD 1483/2012 en el cual literalmente se establecía que *“Cuando el procedimiento afecte a varios centros de trabajo deberá concretarse si la negociación se realiza globalmente para la totalidad de los centros de trabajo de la empresa o de manera diferenciada por centros de trabajo”*. Tras promulgación del RD Ley 11/2013, el art. 27.1 del Reglamento queda en los siguientes términos que no dejan lugar a duda: *“La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento...”*. Esta previsión aplicará analógicamente al resto de los procedimientos de flexibilidad interna regulados en la norma.

<sup>699</sup> Apartado II del Preámbulo de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, BOE nº 52, de 1 de marzo de 2014: *“Con esta modificación, desaparece la posibilidad de que la consulta se realice separadamente por centros de trabajo, opción actualmente prevista en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada”*

<sup>700</sup> La negociación por centros de trabajo se encontraba habilitada en la norma a tenor de los preceptuado en el artículo 11 y 14 del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, BOE nº 141, de 14 de junio de 2011. El modelo de la versión originaria del RD 1483/2012, de 29 de octubre, BOE nº 261, de 30 de octubre es deudor del anterior Reglamento en este sentido.



La reforma se plantea como respuesta a determinada doctrina judicial que venía concluyendo la nulidad de los procedimientos de negociación en los que los períodos de consultas se hubieran parcelado a nivel de centro de trabajo, interpretación seguida fundamentalmente en supuestos de despidos colectivos, pero plenamente trasladable a cualquier negociación en medidas colectivas de flexibilidad interna. En esta interpretación <sup>701</sup>, la posibilidad de negociación parcelada a nivel de centro de trabajo contemplada por el legislador a nivel reglamentario constituía un supuesto de regulación *ultra vires* de la Ley no amparado en nuestro ordenamiento jurídico laboral <sup>702</sup>.

En este contexto de evidente incertidumbre jurídica, con importantes consecuencias prácticas para las empresas afectadas por las consecuentes declaraciones de nulidad, a partir de agosto de 2013 el legislador zanja el debate con la nueva regulación del art. 41.4 ET, en norma por tanto con rango legal. De esta manera, se salvan las dificultades objetadas en relación con la posible regulación *ultra vires* vía reglamentaria, con las dificultades de impugnación de la medida en su conjunto, con el carácter único del fallo, o con los efectos de cosa juzgada de una posible sentencia colectiva en relación con reclamaciones individuales, argumentos éstos que fueron los utilizados en la referida doctrina judicial restrictiva de la negociación parcelada por centros.

---

<sup>701</sup> Exponente inicial de esa doctrina judicial en la Sentencia de la Audiencia Nacional número 90/2012, de 25 de julio de 2012, en procedimiento 109/2012, Ponente Manuel Poves Rojas, seguida por otras muchas, entre otras, sentencia de la misma Sala núm. 142/2012, de 21 noviembre. Sentencia de la Audiencia Nacional 184/2013, en recurso 327/2013, Ponente Ricardo Bodas, de fecha 22 de octubre de 2013, F.J. 6º. En síntesis, Los argumentos de la Sala número 90/2012, de 25 de julio de 2012 para declarar la nulidad de una negociación parcelada por centros de trabajo se basaban en, en primer término, la regulación “*ultra vires*” del Reglamento pues ni la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, ni el art. 51 ET se contemplaba la posibilidad de parcelar el proceso de negociación por centros de trabajo, segundo, en que eliminada la anterior posible autorización administrativa parcial en los despidos colectivos, aquél modelo de autorización parcelada no era trasladable a un proceso de control judicial ex art. 124 LRJS basado en una única impugnación del despido en su conjunto, con un solo posible fallo descartándose un fallo mixto en función de las diferentes negociaciones parceladas, en tercer lugar, en que el carácter de cosa juzgada de la sentencia en el proceso colectivo hacía pensar que el legislador estaba contemplando una solución única afectante de modo homogéneo a todas las impugnaciones individuales. Al margen, también se alegaba la derogación “tácita” de determinados artículos del Real Decreto 801/2011 tras la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de aquél.

<sup>702</sup> Se ha apuntado igualmente como argumento para descartar la negociación parcelada el de que dificultaba la preferencia negociadora de las secciones sindicales, GARCÍA VIÑA, J.: “Los sujetos titulares de las consultas. Legitimación negocial”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 15: “*A mayor abundamiento, la negociación por centros impide objetivamente que las secciones sindicales mayoritarias ejerzan su preferencia negociadora, salvo que se admita que las secciones mayoritarias negocien centro por centro, lo que constituye un absurdo manifiesto.*” No creemos que sea así, pues la Ley posibilita expresamente la negociación por el canal sindical, pero siempre con el lógico requisito de que las secciones sindicales tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal en los centros de trabajo afectados.

A partir de ese momento, el modelo de negociación cambia de manera importante pues la Ley continúa amparando la posible afectación de la medida a nivel de centro o centros de trabajo, pero siempre sobre la premisa de una negociación a través de una única comisión negociadora en la que sólo intervendrán los centros de trabajo afectados por el procedimiento.

En consonancia con el modelo legal propuesto, se vincula de manera inequívoca la correcta conformación de la comisión negociadora, y consecuente legitimación negocial, con la necesaria representación mayoritaria de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados por la medida. En este sentido, la comisión negociadora va a tener que ostentar siempre y en todo caso la representación mayoritaria de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados por el descuelgue. Nos encontramos ante una de las características fundamentales del modelo legal propuesto.

No obstante, dos precisiones a la vista de las diferentes visicitudes que en este sentido pudieran tener lugar en el seno de una determinada empresa.

En primer lugar, en el supuesto de inaplicación de un convenio colectivo de centro de trabajo, la negociación se limitará lógicamente en exclusiva al ámbito de aplicación del convenio propiamente dicho, esto es, al centro de trabajo en cuestión <sup>703</sup>.

En segundo término, en el supuesto de que en una empresa, aún dentro de un mismo sector, aplicaran convenios colectivos de diferente ámbito, obviamente el descuelgue debería canalizarse de manera independiente convenio colectivo a convenio colectivo, no amparándose por razones obvias una negociación “global” a nivel de la empresa en su conjunto de todos los descuelgues. Como se ha puesto de manifiesto en reciente doctrina judicial, una solución contraria carece de la más mínima lógica jurídica desde la perspectiva de la falta de la necesaria correspondencia en la negociación, de la diferente duración de los convenios colectivos entre sí, con los problemas derivados en cuanto a la posible duración máxima del descuelgue o, incluso, de de los problemas derivados en la gestión del desacuerdo de conformidad con la posible diferente regulación en unos y otros convenios <sup>704</sup>.

---

<sup>703</sup> No obstante, las negociaciones parceladas a través de períodos de consultas por centro de trabajo siguen siendo posibles *pero* sólo en aquéllos supuestos en los que la fuente o el origen de la condición modificada tuviera su razón de ser en un acuerdo de centro de trabajo, es el supuesto resuelto en la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 34/2014, de fecha 20 de febrero de 2014, en recurso 297/2013, Ponente Ricardo Bodas, en la que se desestima demanda de conflicto colectivo por modificación sustancial de condiciones de trabajo con base en una posible incompetencia de jurisdicción al tener las condiciones suprimidas su origen en pactos o acuerdos colectivos de cada centro de trabajo individualmente considerado. En estos supuestos, se concluye que la negociación del período de consultas debía efectuarse centro a centro en función del origen de la condición modificada.

<sup>704</sup> Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictada con el número 156/2014, F.J. 4º, en recurso 187/2014, de fecha 25 de septiembre de 2014, Ponente Ricardo Bodas Martín: *“A nuestro juicio, el régimen de inaplicación de convenios, regulado en el art. 82.3 ET, no permite la inaplicación simultánea de todos los convenios provinciales de una empresa, aunque concurra causa y haya conformidad con la mayoría de los representantes unitarios de la empresa, porque la inaplicación del convenio constituye una excepción a la regla de eficacia general del convenio ( art. 37 CE ), como se desprende de la expresión “sin perjuicio de lo anterior...”, utilizada por el art. 82.3 ET, de manera que su inaplicación solo podrá acordarse con los representantes de los centros de trabajo, a los que se aplicaba cada uno de los convenios, aplicándose el principio de correspondencia exigido por el art. 41.4 ET. - Si no*

Dicho esto, las novedades introducidas en el procedimiento a partir del Real Decreto Ley 11/2013 no sólo afectan a la configuración del procedimiento de negociación como único a nivel global de la empresa.

## **2.2.-La necesidad de constitución previa a la comunicación de inicio del período de consultas**

Como hemos apuntado, la norma de urgencia introduce asimismo otra novedad en la redacción del art. 41.4 ET a tenor de la cual se impone a los trabajadores la constitución de la comisión negociadora siempre con carácter previo al inicio del período de consultas.

En consecuencia, a partir de agosto de 2013 el modelo legal obliga al empresario a comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento con al menos siete o quince días de antelación a las consultas, diferente plazo en función de que alguno de los centros de trabajo afectados no contara con representantes legales de los trabajadores<sup>705</sup>. De esta suerte, la constitución de la comisión negociadora se desvincula del período de consultas propiamente dicho.

Es ésta una previsión a todas luces acertada, máxime cuando con anterioridad a la modificación legal se habían apuntado los problemas derivados de que los plazos del período

---

*fuera así, admitiéndose que representantes de los trabajadores, a quienes no se aplicaba un convenio, pudieran acordar la inaplicación del mismo, se quebraría el citado principio de correspondencia, que no puede ser superado por elevación. Por lo demás, cada convenio tiene su propia vigencia y el acuerdo de inaplicación no puede, sin vulnerar lo dispuesto en el art. 82.3 ET, prolongarse más allá del plazo de vigencia de cada convenio, ni cabe tampoco, a nuestro juicio, pactar cláusulas, por las que los negociadores del acuerdo se comprometen a mantener lo acordado, fuere cual fuere la situación económica y productiva de la empresa en cada momento, para inaplicar convenios futuros, porque dicha actuación supone objetivamente "normalizar" la inaplicación del convenio, cuando se trata de una herramienta excepcional, que solo cabe aplicar cuando concurren causas actuales, que deberán examinarse en cada descuelgue. Finalmente, si el período de consultas concluye sin acuerdo, el procedimiento de gestión del desacuerdo, regulado en el art. 82.3 ET, quedaría bloqueado para la inaplicación paralela de diez convenios colectivos, por cuanto habría de someterse a la comisión paritaria de cada convenio, cuando se pretende la inaplicación de diez convenios. - Si cada convenio ha establecido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 85.3.e ET, un procedimiento específico para solucionar extrajudicialmente los conflictos, no será posible acudir a cada uno de ellos, cuando se pretende la inaplicación de todos a la vez. - Finalmente, al pretenderse la inaplicación de convenios de diferentes provincias, no existe modo de precisar si competirá la resolución definitiva a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o a los órganos correspondientes de cada comunidad autónoma"*

<sup>705</sup> Nueva redacción dada al art. 41.4 ET por artículo 9 apartado dos de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, BOE de 1 marzo: "La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días."

de consultas y de designación de la comisión representativa corrieran en paralelo <sup>706</sup>. Así como los derivados de la designación de la comisión en el improrrogable plazo de cinco días desde la comunicación del inicio del período de consultas <sup>707</sup>.

Ahora bien, dicho esto, la regulación legal presenta algunos problemas interpretativos que se hace necesario resolver. Por ejemplo, a quién debe comunicar el empresario la intención de iniciar el procedimiento de descuelgue. O qué sucede en el caso de que los trabajadores o sus representantes optaran por no designar la comisión antes del inicio del período de consultas. Más allá incluso, la problemática en los supuestos de una inadecuada constitución de la comisión negociadora representativa por responsabilidad achacable a los propios trabajadores. Analizamos a continuación estas cuestiones.

Con respecto al primer problema planteado, a quién debe comunicar el empresario su intención de iniciar el procedimiento de descuelgue, el problema se complica en el supuesto de empresas con una pluralidad de centros de trabajo.

En principio, la norma se refiere literalmente a la necesidad de efectuar una comunicación “fehaciente” a los trabajadores o a sus representantes, por lo que parece que la interpretación literal impone una comunicación a todos ellos a nivel global de la empresa. De ser ésta la interpretación, salvo que existiera un comité intercentros o secciones sindicales constituídas a nivel global en la empresa, la comunicación a todos y cada uno de los diferentes representantes legales en cada uno de los centros de trabajo de la empresa se convierte en un obstáculo complicado de salvar en el supuesto de las empresas “multiformes”. El escenario se complica aún más en el caso de comunicación directa a los propios trabajadores de no existir representación legal. En esta lectura, se impondría la obligación de comunicar fehacientemente uno a uno a todos los trabajadores de la plantilla, con la consecuente dificultad en empresas con un número elevado de centros de trabajo y de trabajadores. Por ello se impone una interpretación coherente con el modelo de negociación propuesto.

---

<sup>706</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: “Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 109/2011, 2º trimestre, pág. 40, quien entendía carente de sentido que el plazo fuera simultáneo, debiendo a su juicio empezar a computar los quince días del período de consultas desde que la comisión estuviera designada. En parecidos términos, NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 42, para quien siendo perentorio el plazo de quince días del período de consultas y corriendo en paralelo al mismo tiempo el plazo de cinco días para la designación previa comunicación de la empresa, provocaba perplejidad el dar por iniciado un período de consultas sin interlocutores. En este punto sigue a MONTOYA MELGAR, A.: “Comentario art. 41 LET”, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2010. P. 528. En este sentido, resulta muy ilustrativa la crítica al respecto de esta cuestión en el voto particular del Magistrado Alarcón Caracuel a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 1 de abril de 2014 en recurso 95/2013.

<sup>707</sup> LLANO SÁNCHEZ, M., “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 22, entendía viable designar una comisión pasados los cinco días pero antes de que se cumplan los quince del plazo máximo del período de consultas.

En este sentido, el legislador expresamente refiere en la norma que *“la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento”*, -art. 41.4 ET párr. 1º-. Si esto es así, si se vincula comisión negociadora a los centros de trabajo afectados por el procedimiento, parece defendible en una interpretación lógica de la norma entender que la comunicación debe efectuarse a los trabajadores de esos concretos centros de trabajo afectados por la medida, o a sus representantes, y no a todos los trabajadores de la empresa o a todos los representantes de la totalidad de la plantilla. En otro caso, en los supuestos de empresas con pluralidad de centros de trabajo y plantillas de trabajadores elevadas, el requisito legal de la comunicación fehaciente a los trabajadores o sus representantes de la intención de iniciar el procedimiento se convertiría en un obstáculo formal prácticamente insalvable que, además, en caso de incumplimiento, conllevaría la nulidad de la medida. Más aún cuando el carácter fehaciente de la comunicación impone a nuestro juicio una comunicación por escrito que permita *a posteriori* acreditar, en su caso, el cumplimiento del requisito de comunicación previa.

No obstante, si de antemano y antes de iniciarse la negociación la empresa no conociera cuál o cuáles de sus centros de trabajo podrían verse finalmente afectados por la medida, desde luego que no cabe otra interpretación que exigir la previa comunicación a todos los trabajadores de la empresa, directamente o a través de sus representantes.

Con respecto al segundo problema planteado, el de la falta de nombramiento de la comisión representativa por inacción de los trabajadores, la nueva regulación en la norma no soluciona una cuestión que a nuestro juicio se arrastra heredada de la regulación anterior desde la reforma del 2010.

Cierto es que el legislador prevé que transcurrido el plazo legalmente previsto la falta de constitución de la comisión no impedirá el inicio y transcurso del período de consultas. También que su constitución con posterioridad a su inicio no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración, con lo que implícitamente parece que se atribuyen las consecuencias de la inacción a los propios trabajadores reacios a su nombramiento. No obstante, dicho esto, los problemas prácticos son evidentes<sup>708</sup>.

En este sentido, sin discutir que en la intención del legislador está la voluntad de que la inacción de los trabajadores en el nombramiento no vaya en contra de la impulsión del procedimiento, no parece sencillo responder a la pregunta de cómo va a ser posible articular un período de consultas en el que no se hubiera procedido al nombramiento de la comisión.

---

<sup>708</sup> A título meramente ilustrativo, comentar el fallo de la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 232/2013, de fecha 20 de diciembre, en recurso 401/2013, Ricardo Bodas, en la que se desestima demanda de determinada empresa en la denominada acción de jactancia ex 124.3 LRJS y se declara la nulidad de un despido colectivo en un supuesto de acreditadas pérdidas en situación de concurso, pérdidas ni siquiera discutidas, con el argumento de que constituye un supuesto de fraude de ley el negociar con los diecisiete trabajadores de la plantilla, directamente asesorados por representante sindical, que se negaron a nombrar comisión *ad hoc*.

Incluso se apunta la problemática en aquéllos casos en los que por la empresa se entienda que la comisión nombrada no cumple con los requisitos exigidos en la norma <sup>709</sup>.

En este escenario, parece que la falta de designación o, más allá, las eventuales dificultades de los trabajadores o de sus representantes para proceder a la designación, no permitirían la suspensión ni la interrupción del plazo <sup>710</sup>.

En esta tesitura, antes de la nueva redacción del art. 41.4 ET, determinado sector interpretaba que la inacción en el nombramiento de la comisión sindical o *ad hoc* conllevaba la imposibilidad de aplicación de la institución del descuelgue <sup>711</sup>, interpretación que se sigue defendiendo de manera minoritaria tras la reforma de agosto de 2013 <sup>712</sup>. Es ésta no obstante una lectura de la norma que a nuestro juicio no se presenta como razonable, pues supondría tanto como dejar en manos de los trabajadores “inactivos” el bloqueo del descuelgue, contraviniendo además el deber de buena fe inherente a ambas partes en el procedimiento de descuelgue <sup>713</sup>.

Por este motivo, al hilo de la reforma del 2010, entre los comentaristas de aquélla se planteó cierto debate entre quienes entendían el nombramiento de la comisión *ad hoc* como una mera

---

<sup>709</sup> GARCÍA VIÑA, J.: “Los sujetos titulares de las consultas. Legitimación negocial”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 24 y 25: “*Sin embargo, esta regulación, desde un punto de vista práctico totalmente acertada, ya que puede evitar situaciones de bloqueo por parte de los representantes de los trabajadores, ya que si no se designaran comisiones estos procesos no serían posibles, plantea muchos problemas en cuanto a su interpretación, especialmente en relación a la proactividad que ha de tener la empresa en cuanto al cumplimiento de los requisitos relativos a la constitución de la comisión, así como qué sucede si finalmente la comisión no ha sido designada o si la empresa considera que la comisión no cumple con los requisitos determinados en el Estatuto de los Trabajadores.*”

<sup>710</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 6”. NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 43.

<sup>711</sup> Para CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 100, si los trabajadores no optaban por la designación, al ser preceptivo el acuerdo, no podía llevarse a término el descuelgue.

<sup>712</sup> GARCÍA VIÑA, J.: “Los sujetos titulares de las consultas. Legitimación negocial”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 3, “*Especialmente, teniendo en cuenta que no está en manos de la empresa la promoción de elecciones para la designación de los órganos de representación del personal, ni siquiera ante la pasividad o inacción de quienes han de ser representados*”

<sup>713</sup> Entendiendo la inacción como una posible actitud de obstrucción, LORENTE RIVAS, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág. 224 y 225. No obstante para el autor, a pesar de esa obstrucción, las consecuencias legales serían las mismas, esto es, la imposibilidad del descuelgue dada la exigencia de acuerdo, con lo que no se resuelve el problema.

facultad <sup>714</sup>, y quienes entendían que la constitución de la comisión se imponía una obligación legal dadas las exigencias de buena fe negocial <sup>715</sup>.

Así las cosas, ante la posible inacción en el nombramiento y constitución de la comisión negociadora cabrían varias opciones interpretativas.

Una primera, facultar a la empresa para la decisión unilateral sin negociación al carecer de interlocución, opción que se descarta por motivos obvios de la fuerza vinculante del convenio. Una segunda, consistente en negociar directamente con los trabajadores, opción que igualmente se descarta tanto entre la doctrina científica <sup>716</sup>, como en reciente doctrina judicial <sup>717</sup>, a pesar de determinados precedentes judiciales con la normativa anterior que no preveía la constitución de las comisiones sindicales o *ad hoc* habían resuelto a favor de esta posibilidad

---

<sup>714</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 100, no existe una obligación de designación para los trabajadores. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, en VV.AA., *La reforma del mercado de trabajo*, Dirección GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J), Ed. Lex Nova, Valladolid 2010 pág. 174, se inclina por entender nos encontramos ante una facultad y no una obligación. Para MELLA MÉNDEZ, L.: “Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 109/2011, 2º trimestre, pág. 33, tendría igualmente carácter facultativo: “Son los propios interesados los que deciden o no tener una comisión representativa”; SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: “La reforma de los artículos 40 y 41 ET”, en AA.VV., *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (Dir. ALFREDO MONTOYA MELGAR, FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ) Ed. Civitas, primera edición, febrero 2011, pág. 200, la fórmula legal se configura como potestativa, planteando el interrogante en caso de no designarse

<sup>715</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 22, diciembre de 2010, pág. 2640, para quien “los trabajadores pueden elegir el tipo de comisión, pero deben elegir en todo caso, ya que ello formaría parte del deber de negociar de buena fe”. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Cláusulas de descuelgue empresarial”, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág 248 para quien los trabajadores pueden elegir el tipo de comisión pero deben elegir en todo caso ya que ello formaría parte del deber de negociar de buena fe del 41.4 ET (el autor trae a colación STSJ Galicia de 26 de enero de 1996, AS 1996 13, en la que se reconoció el derecho a inaplicar el régimen salarial previsto ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo por causas imputables a la representación de los trabajadores que sistemáticamente anulaban las reuniones convocadas)

<sup>716</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 93 o ROQUETA BUJ, R.: “La modificación de las condiciones de trabajo”, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 54.

<sup>717</sup> Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictada con el número 232/2013 en fecha 20 de diciembre de 2013, en recurso 401/2013, Ricardo Bodas: “Estamos, por tanto, ante un requisito constitutivo para la validez del período de consultas en las empresas, que no cuenten con representantes de los trabajadores, que obliga a la empresa a advertir a los trabajadores de su derecho, así como de las consecuencias de su incumplimiento, que son excepcionalmente gravosas, por cuanto no paralizarán el procedimiento si los trabajadores no realizan la elección de sus representantes del modo ya indicado. - Dicha consecuencia nos permite concluir, que los trabajadores, afectados por el despido, no pueden disponer de ese requisito, ni están legitimados para negociar directamente el período de consultas, porque la Directiva 1998/59/CE, así como los arts. 51.2 y 41.4 ET, que la trasponen a nuestro ordenamiento, dejan perfectamente claro que la negociación del período de consultas debe realizarse con representantes de los trabajadores y no con los trabajadores afectados.

<sup>718</sup>, si bien también existían precedentes en contra <sup>719</sup>. Una tercera, imponer la obligatoriedad de forzar el nombramiento de una comisión sindical, lo que no parece una opción pues el nombramiento es algo que compete en exclusiva a los trabajadores afectados, con libertad de elección además entre la comisión de trabajadores o sindical <sup>720</sup>. Una cuarta, consistente en dejar transcurrir el plazo de los quince días para poder así abrir las vías sucesivas de desbloqueo en los procedimientos de solución autónoma, lo que tampoco resuelve el problema del todo dada la necesidad de interlocución en esos futuros trámites en los procedimientos de solución autónoma. Por ello, se descarta la mediación o arbitraje en procedimientos autónomos de solución de conflictos ex art. 83 ET al requerir éstos del acuerdo de la otra parte negociadora <sup>721</sup>.

En este contexto, la única alternativa viable pasaría por permitir al empresario acudir directamente a aquéllas fases del procedimiento en las que la decisión se debiera tomar directamente por un tercero.

En todo caso, aún en este último escenario, se plantea el interrogante de si habría que dejar transcurrir o no el plazo de los quince días del período de consultas para acudir a estas sucesivas fases posteriores. Desde nuestro punto de vista, y como quiera que la norma expresamente prevé la posibilidad de constitución de la comisión negociadora “tardía”, parece que se impondría la necesidad de dejar transcurrir el plazo legal de los quince días para abrir la sucesiva fase. Y ello por mucho que esta opción vaya en contra de la celeridad del procedimiento.

En esta línea, el panorama en los supuestos de inacción de los trabajadores afectados por el descuelgue en la constitución y nombramiento de la comisión negociadora en cierto modo se despeja tras reciente jurisprudencia el Tribunal Supremo en la que se sienta el criterio de que

---

<sup>718</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 12 de mayo de 2009 en recurso 547/2009, así como Sentencia de la misma Sala de fecha 13 de octubre de 2010.

<sup>719</sup> Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de 29 de mayo de 2008, AS 2008, 1600: “*Está completamente descartado, en consecuencia, que la determinación unilateral por el empresario de la nueva retribución de sus trabajadores, intentado y no conseguido el acuerdo, pueda ser una opción válida jurídicamente. En estos casos, además, no pierde vigencia el contenido normativo del convenio supraempresarial, que es de obligatoria observancia, también en régimen de salarios, por el empleador. A la misma solución se debe llegar cuando no existan los presupuestos necesarios para lograr el acuerdo, en concreto inexistencia de representación colectiva de los trabajadores, sin que desde luego pueda sustituir este requisito la firma de un acuerdo plural del empresario con cada uno de sus trabajadores*”. En esta línea, CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E.: “Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses”, *Relaciones Laborales*, nº 4 y 5, 1995, pág. 23 y ss, en su momento se oponía a que el acuerdo con los representantes legales pudiera ser sustituido por un acuerdo plural con todos los trabajadores de la empresa. Bien es cierto que esta interpretación lo era con la redacción anterior en la norma donde no se legitimaban las comisiones *ad hoc*.

<sup>720</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 93.

<sup>721</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 387 y 388 o ROQUETA BUJ, R.: “La modificación de las condiciones de trabajo”, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 54. Sin mayor precisión, SEMPERE NAVARRO, A. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*. Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, enero 2014, p. 94.



la pasividad de los trabajadores en el nombramiento de la comisión no puede en ningún caso convertirse en un impedimento imposible para desarrollar el procedimiento. En esta interpretación, la posible inacción no podría en modo alguno conllevar la anulación de la medida por incumplimientos formales en el período de consultas, eso sí, siempre que la empresa hubiera cumplido con sus obligaciones de información a los trabajadores <sup>722</sup>. De esta forma, la jurisprudencia confirma determinada doctrina judicial que venía concluyendo que no se podían trasladar al interlocutor empresarial las consecuencias de la propia e inadecuada conducta de la contraparte, dado que el resultado final sería el del fomento de conductas fraudulentas que conducirían a la inoperatividad de la institución <sup>723</sup>.

En todo caso, resulta necesario diferenciar entre aquéllos supuestos de inadecuada constitución por motivos imputables exclusivamente a los trabajadores y aquéllos otros en los que hubiera sido la propia conducta empresarial la que, directa o indirectamente, hubiera provocado el incumplimiento formal.

En el primer escenario, la inadecuada conformación de la representación de los trabajadores no sería causa de nulidad de la decisión empresarial, de lo contrario se estaría trasladando a la empresa las consecuencias de la propia e inadecuada conducta de la contraparte fomentando conductas fraudulentas <sup>724</sup>. En esta lectura, como quiera que el papel del empresario se limita a informar a los trabajadores de las opciones legales, de no constituirse la comisión en la debida forma por causa imputable a los trabajadores o no guardarse la debida proporcionalidad, la decisión empresarial no podría verse perjudicada por el incorrecto actuar, equivaliendo la indebida conformación a su falta de constitución <sup>725</sup>.

---

<sup>722</sup> F.J. tercero en Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 1 de abril de 2014, en recurso 95/2013, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea

<sup>723</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 95/2014, de fecha 16 de mayo de 2014, dictada en recurso 500/2013, Ponente José Pablo Aramendi Sánchez, FJ 6º: *"Lo contrario sería tanto como trasladar al interlocutor empresarial en el periodo consultivo las consecuencias de la propia e inadecuada conducta de la contraparte dando con ello incluso a una situación de manifiesta injusticia y fomento de conductas fraudulentas que propiciarían el establecimiento de comisiones "no representativas" con el objetivo final de lograr la nulidad de las decisiones empresariales sobre medidas de flexibilidad interna o externa , haciendo en definitiva inoperativa la institución ."*

<sup>724</sup> F.J. 5º in fine de la Sentencia nº 172/2014 de la Sala de lo Social Audiencia Nacional de fecha 22 de octubre de 2014, en recurso 213/2014, Ponente Rafael López Parada: *"dando con ello incluso a una situación de manifiesta injusticia y fomento de conductas fraudulentas que propiciarían el establecimiento de comisiones "no representativas" o al fracaso en el acuerdo en la constitución de la comisión con el objetivo final de lograr la nulidad de las decisiones empresariales sobre medidas de flexibilidad interna o externa, haciendo en definitiva inoperativa la institución"*. En estos términos, *"que la comisión alcance la cualidad de representativa del colectivo representado y pueda alcanzar acuerdos que les afecten, presupuesto básico del ejercicio del derecho de negociación colectiva, es obligación y responsabilidad de quienes están facultados para la designación de dicha comisión. En este proceso electivo el empresario no está presente y no puede estarlo pues si incidiera en su elección lo perjudicaría de plano"*.

<sup>725</sup> F.J. 5º in fine de la Sentencia nº 172/2014 de la Sala de lo Social Audiencia Nacional de fecha 22 de octubre de 2014, en recurso 213/2014, Ponente Rafael López Parada: *"La indebida conformación de la comisión representativa equivaldría así a su falta de constitución, supuesto que como se acaba de indicar ni impide el inicio ni el transcurso del periodo de consultas que debe entenderse a estos efectos como celebrado"*.

La solución lógicamente sería la contraria en el supuesto de incorrecta constitución de la comisión negociadora debido a la falta de cumplimiento por el empresario de sus obligaciones legales de información.

No obstante, a mayor abundamiento, en el debate acerca de los posibles incumplimientos formales en la constitución de las comisiones negociadoras representativas, la reciente jurisprudencia del Supremo diferencia a estos efectos entre períodos de consultas cerrados con acuerdo y sin acuerdo. Así, mientras que en los procedimientos cerrados con acuerdo el cumplimiento estricto de todas y cada una de las formalidades legales en la constitución de la comisión negociadora resultaría indispensable, no sería ésta la solución en los supuestos de falta de acuerdo. De este modo, a falta de acuerdo, el incumplimiento de alguno de esos requisitos formales no se impondría con el mismo rigor <sup>726</sup>.

### **3.- LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA NEGOCIACIÓN DEL DESCUELQUE**

Una vez apuntadas las líneas básicas en lo que se refiere a la propia conceptualización del procedimiento de negociación en sí, y antes de entrar en el análisis de cada una de las fases concretas de éste, debemos referirnos a continuación a la cuestión relacionada con la materia de la interlocución, con los sujetos legitimados para la negociación del descuelgue.

Y en esta disciplina, de nuevo el legislador se remite expresamente en la redacción del art. 82.3 ET al régimen jurídico previsto para el supuesto de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo en el art. 41.4 ET <sup>727</sup>, en un ejemplo más de esa regulación transversal de los períodos de consultas en las medidas de flexibilidad interna y externa a la que nos hemos referido al comienzo del presente Capítulo.

Con carácter general, la negociación se deberá llevar a término con los que textualmente se denominan en la norma como “representantes legales de los trabajadores”. No obstante, pese a que en una primera lectura pudiera parecer que se está refiriendo a la representación

---

<sup>726</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 1 de abril de 2014, en recurso 95/2013, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea, F.J. 3º: *“De las exigencias que requiere la validez del acuerdo y de las que acompañan al periodo de consultas sin merma de la eficacia de éste resulta un tratamiento completamente distinto el que se dispensa al periodo de consultas que finaliza con acuerdo del que acaba en una decisión unilateral del empresario. Dado que el acuerdo requiere la válida constitución de dos partes y un régimen en la adopción de los acuerdos, la constitución de una comisión en los términos legalmente exigidos es indispensable pues de otra forma todo el proceso resultaría invalidado. Con ello implícitamente se está diferenciando la categoría del periodo de consultas en función del acuerdo. Un periodo de consultas pleno en su contenido, representación en ambas partes, documentación, reuniones, negociación, todo ello configura un plus de actuación superior al mero transcurso del tiempo, cuando de la obtención de un acuerdo se trata. Pero si el periodo de consultas finalizó en una decisión unilateral entonces aquel requisito cobra la importancia de un requisito formal que en cuanto transcurso de un plazo es inexcusable pero sin que pueda convertirse en un impedimento imposible para la decisión unilateral que debido a la inacción de los trabajadores que carecen de representación y a que no existan secciones sindicales o no concurran en cuanto a ellas los presupuestos legales para su intervención, en forma alguna pudiera establecerse la interlocución entre las partes, al modo legalmente previsto indispensable para aquella decisión.”*

<sup>727</sup> Art. 82.3 párr. 5º modificado primero tras Real Decreto Ley 11/2013, posteriormente por Ley 1/2014: *“La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4 en el orden y condiciones señalados en el mismo”*

unitaria <sup>728</sup>, en una interpretación conjunta del precepto la referencia debe entenderse efectuada igualmente a los representantes sindicales. O, más allá, en ausencia de representación legal, a las comisiones sindicales o de trabajadores *ad hoc* <sup>729</sup>.

Del esquema general en materia de interlocución podemos extraer varias reflexiones previas.

En primer lugar, en los descuelgues de convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, se abre la posibilidad de un pacto con una representación diferente de la que negoció el propio convenio colectivo <sup>730</sup>. No puede ser de otra manera, desde la perspectiva de que la institución está precisamente diseñada para permitir la descentralización de la negociación colectiva en el ámbito de la empresa para adaptarla a este contexto.

En segundo término, se trata de una representación “ampliada”. A diferencia de lo previsto en materia de legitimación para la negociación del convenio colectivo *ex art. 87 ET*, no sólo van a tener protagonismo en la negociación los representantes unitarios o sindicales sino que, en los supuestos de ausencia de representación “legal”, se va a extender la interlocución a las comisiones de trabajadores o sindicales *ad hoc*. De esta forma, el legislador potencia sobremanera la posibilidad de la concertación de medidas de flexibilidad interna en las empresas carentes de representación.

En tercer lugar, se trata de una habilitación a otros sujetos legitimados para la negociación pero efectuada desde la propia Ley, no a nivel reglamentario como sucedía en anteriores precedentes en la regulación de los procedimientos de regulación de empleo <sup>731</sup>. De esta suerte, la habilitación legal de las comisiones *ad hoc* en el propio ET reviste su importancia en

---

<sup>728</sup> Es la propia norma la que alimenta esta confusión cuando asocia representación legal a unitaria: “a) Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán atribuir su representación...”. Tan representación legal será la prevenida en los arts. 62 y ss del ET como la prevenida en el art. 41 ET, o la del delegado sindical prevista en art. 10 LOLS, todas ellas están previstas legalmente.

<sup>729</sup> Interesante la reflexión del Magistrado Ramón Alarcón Caracuel en el FJ 1º del voto particular a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 1 de abril de 2014, en recurso 95/2013, en la que se propone revisar la utilización de la terminología “representantes legales” para referirse en exclusiva a la representación unitaria: “*“representantes legales” dice el precepto: terminología confusa que convendría ir desterrando porque legales son todas las representaciones de los trabajadores: no sólo los comités de empresa y delegados de personal sino también las secciones sindicales y las comisiones ad hoc de tres miembros a que se refiere el artículo 41 ET*”.

<sup>730</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 41. Despejando dudas en este sentido, negociación con representantes a nivel de empresa, MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012”, Aranzadi Social núm. 9/2013 (informes), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2013\14, p. 7.

<sup>731</sup> Art. 3 párr. 2º *in fine* del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprobaba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos: “*En caso de no existir representación colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, éstos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que la autoridad laboral entenderá las sucesivas actuaciones.*”

el debate originado en torno a su ajuste constitucional. Nos ocupamos de analizar esta cuestión en el epígrafe referido a la naturaleza jurídica de las comisiones sindicales y de trabajadores.

En cuarto término, como vamos a analizar expresamente, la Ley por vez primera habilita la interlocución mixta a través de las denominadas “comisiones híbridas” de negociación, mezcla entre representantes unitarios y *ad hoc*, en aquéllos supuestos de descuelgues instados en empresas “multiformes” con pluralidad de centros de trabajo afectados en los que en algunos de ellos existiera representación unitaria y en otros no. De este modo, se superan las dificultades derivadas de determinada doctrina judicial restrictiva respecto de esta posibilidad, lectura sólo superada recientemente tras jurisprudencia del Supremo <sup>732</sup>.

En quinto lugar, en materia de interlocución, la Ley establece una ineludible conexión directa entre representación y afectación en el centro de trabajo, siendo ésta una idea básica que preside la reforma en materia de legitimidad negocial. De esta manera, en una muy acertada previsión, los integrantes de la comisión negociadora no sólo van a tener que ostentar, siempre y en todo caso, la mayoría de la representación de los trabajadores de los centros de trabajo afectados por el descuelgue. Más allá, se va a exigir una correcta ponderación en el voto, pues para que el acuerdo sea válido a estos efectos, se impone la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores pero siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

De esta forma, el legislador apuesta por un reforzamiento de la legitimidad negocial en el nivel del centro de trabajo afectado por la medida, lo que redundará en beneficio de los trabajadores perjudicados por la posible inaplicación.

Es precisamente por esta exigencia por lo que no comprendemos la habilitación negocial efectuada al comité intercentros en los supuestos de empresas con varios centros de trabajo, pues es posible que éste órgano no cuente con la necesaria legitimidad negocial en el caso de que sus representantes no ostenten la mayoría de la representación de los trabajadores de los centros de trabajo afectados por la medida. Y en esta línea crítica, ponemos igualmente en cuestión la virtualidad práctica de reciente doctrina del Tribunal Supremo por la que se rectifica su anterior criterio acerca del necesario paralelismo entre representación unitaria y representación sindical a la hora de constituir secciones sindicales de empresa a nivel de

---

<sup>732</sup> En este sentido, el debate lo cierra la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de abril de 2014, en recurso 95/2013, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea, en cuyo FJ 3º claramente se confirma la posibilidad de la constitución de comisiones híbridas antes y después de la reforma de agosto de 2013: *“La sentencia ha negado la capacidad de intervención a las secciones sindicales presentes durante el periodo de consultas afirmando que no consta que las mismas reunieran los requisitos impuestos por el precepto, tampoco considera aceptable que la comisión así constituida tuviera validez debido al carácter híbrido de la misma. Respecto a esto último, debe puntualizarse que no nos hallamos ante la negociación de un convenio y que la regulación del artículo 41 -4º citado, habida cuenta de las dudas que suscita la redacción vigente al tiempo de los hechos no impide la formación de comisiones híbridas y menos aún lo hace a raíz de la reforma introducida por el Real Decreto ley 11 /2013 de 2 de agosto que si bien no es de aplicación permite orientar una interpretación a la vista de como el legislador ha resuelto , en parte , algunas de las cuestiones que la anterior formulación del precepto llevaba a plantear, como se ve a continuación.”* (Negrita del que suscribe)

centro de trabajo en el supuesto de empresas multiformes con representación unitaria en este último nivel y no en la empresa en su conjunto <sup>733</sup>.

Como última característica del modelo legalmente propuesto, las reglas legales en materia de legitimación negocial, de los sujetos legitimados, pertenecen sin duda a la esfera del orden público laboral. En consecuencia, no van a poder ser disponibles en convenio colectivo. No obstante, sí cabe que la autonomía colectiva desarrolle o module determinadas cuestiones no previstas en la norma como, por ejemplo, el procedimiento de elección de los miembros de las comisiones *ad hoc*, o la atribución de garantías a sus integrantes <sup>734</sup>.

Apuntadas las características fundamentales del modelo, analizamos a continuación las cuestiones relacionadas expresamente con la preferencia legal por la interlocución sindical, con las comisiones de trabajadores y sindicales *ad hoc*, para terminar con el análisis de la problemática en relación con la interlocución en descuelgues en empresas con más de un centro de trabajo.

### *3.1.- La preferencia por la interlocución con la sección sindical*

Como hemos apuntado, el legislador prevé una preferencia negocial en materia de interlocución en el período de consultas al establecer expresamente en el texto del art. 41.4 ET que la interlocución corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden. Eso sí, siempre que ostenten la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados <sup>735</sup>. En consecuencia, la conexión entre legitimidad negocial de la sección sindical y necesaria implantación mayoritaria en el ámbito del centro de trabajo afectado por el descuelgue es indudable en el modelo legal.

En una breve exégesis histórica de la opción legal, ésta no es sino la consecuencia de la nueva preferencia negocial en favor del canal sindical para la negociación del convenio de empresa y

---

<sup>733</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 18 de julio de 2014, en Pleno, recurso 91/2013, Ponente Manuel Ramón Alarcón Caracuel, con voto particular del Magistrado José Luis Gilolmo López. En estos términos, al romperse la ecuación entre centro de trabajo/órgano de representación unitaria/constitución de la sección sindical a nivel de centro, es más que probable que, en muchas ocasiones, las secciones sindicales constituidas a nivel global de empresa en empresas multiformes no cuenten con implantación suficiente en el nivel del centro de trabajo afectado por el conflicto y, por ende, con la necesaria legitimidad negocial en el nivel del centro de trabajo afectado por la medida, por lo que la pretendida promoción de la representatividad sindical no va a ser tal.

<sup>734</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo”, Ponencia a la XXVII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, Madrid, 10 de diciembre de 2014, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, p. 41.

<sup>735</sup> Nueva redacción del art. 41.4 ET tras promulgación del Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, BOE nº 185 de 3 de agosto: “*La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados*”.

de ámbito inferior tras la reforma en materia de negociación colectiva efectuada en junio de 2011 <sup>736</sup>. Modificación que, en consonancia con el cambio operado, conllevó una nueva redacción del art. 41.4 del ET al objeto de adecuar la interlocución en los supuestos de los descuelgues genéricos del anterior art. 41.6 ET y de los salariales ex art. 82.3 ET a esas nuevas reglas de legitimación <sup>737</sup>.

Hasta ése momento, el legislador se había decantado por el establecimiento de un sistema dual o alternativo de negociación, modelo en el que la prioridad o preferencia negocial la ostentaba quien primero hubiera instado la negociación <sup>738</sup>. En el anterior contexto normativo, las posibilidades de negociación de las secciones sindicales eran plenas <sup>739</sup>, más aún cuando la negociación con la representación unitaria conllevaba normalmente una presencia indirecta de los sindicatos en la negociación <sup>740</sup>.

Siendo así, si atendemos a lo manifestado por el legislador en la exposición de motivos de la norma de urgencia de 2011 <sup>741</sup>, la intención a la hora de otorgar esa preferencia negocial no podía ser simplemente la de confirmar una práctica de negociación que ya se amparaba en la

---

<sup>736</sup> El Artículo 3 del Real Decreto Ley 7/2011 modificaba en esta materia la redacción del art. 87.1 ET al introducir un nuevo párr. 2º en los siguientes términos: *“La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.”*

<sup>737</sup> El artículo 6. del Real Decreto Ley 7/2011 modificaba en esta materia el art.41.4 ET incluyendo un nuevo párrafo tras el párrafo primero del apartado 4 del artículo 41, redactado de la siguiente manera: *“La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.”*

<sup>738</sup> AA.VV.: *“Curso de derecho del trabajo”*, 19ª Edición, Director, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. Autores GARCÍA ORTEGA, J., GOERLICH PESET, J.M., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., SALA FRANCO, T., Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 194.

<sup>739</sup> Así se deduce de la redacción del artículo 87.1 ET párr. 1º y 2º en la versión anterior al Real Decreto Ley 7/2011: *“En los convenios de empresa o ámbito inferior: el comité de empresa, delegados de personal, en su caso, o las representaciones sindicales si las hubiere.”*; párr. 2º, *“En los convenios que afecten a la totalidad de los trabajadores de la empresa será necesario que tales representaciones sindicales, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité...”*

<sup>740</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 30 de octubre de 1995, RJ 1995 7930: *“No es posible, pues, la negociación conjunta con la representación unitaria y las secciones sindicales - SSTs 17 octubre 1994 (RJ 8053) y 30 de octubre 1995 (RJ 4088)-; aunque, si se negocia con la representación unitaria, de hecho hay normalmente una presencia indirecta de los sindicatos en la negociación, en la medida en que aquélla está sindicalizada en un porcentaje muy elevado, aunque ello no elimina el carácter no sindical de esta representación”*

<sup>741</sup> Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 7/2011: *“En cuanto a la legitimación para negociar convenios en representación de los trabajadores en los convenios de empresa, la redacción del nuevo artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores confirma la práctica actual, de manera que la negociación pueda ser desarrollada por las secciones sindicales. Regla que se aplica también en los supuestos de flexibilidad interna negociada.”*

norma <sup>742</sup>. En este sentido se ha apuntado que la novedad no tendría mayor trascendencia que la de confirmar una práctica de negociación a través de las secciones sindicales <sup>743</sup>, afirmación ésta con la que no nos mostramos tan de acuerdo.

Si hasta la reforma de junio de 2011 la elección del agente negociador dependía de la prioridad en la iniciativa negocial <sup>744</sup>, desde la entrada en vigor de aquélla dependerá de lo que decidan las secciones sindicales, eso sí siempre que cuenten con la mayoría de los representantes de los centros de trabajo afectados por el descuelgue. Incluso en el supuesto de haber tomado la representación unitaria la iniciativa negocial, por lo que la doctrina del Supremo en este punto debe revisarse, pues la norma otorga *ex lege* una preferencia negociadora en favor de uno de los dos sistemas, hasta ahora alternativos, de representación <sup>745</sup>.

En consecuencia, en el modelo propuesto, las secciones sindicales con audiencia electoral bastante gozan, si así lo deciden, de la posibilidad de bloqueo de eventuales iniciativas de apertura del período de consultas con las representaciones unitarias, procedan del empresario

---

<sup>742</sup> La modificación no supone novedad alguna en cuanto a la legitimidad *per se* de las secciones sindicales para negociar, pues no se ha efectuado cambio alguno en la normativa reguladora: de conformidad con el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical, *“Sin perjuicio de lo que se establezca mediante convenio colectivo, las Secciones Sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas o cuenten con delegados de personal, tendrán los siguientes derechos: ... b) A la negociación colectiva, en los términos establecidos en su legislación específica.”*

<sup>743</sup> En este sentido se pronuncia GARCÍA VIÑA, J.: “Los sujetos titulares de las consultas. Legitimación negocial”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 5, se refiere a la reforma ex RDL 7/2011, *“La reforma no hizo nada más que recoger en la norma una práctica muy extendida en este tipo de procesos que consistía en negociar de hecho con las secciones sindicales y, posteriormente, si era necesario, formalizar el acuerdo con los representantes unitarios, que no solían oponerse ya que pertenecían al mismo sindicato”*.

<sup>744</sup> Hasta ahora AA.VV. : “Curso de derecho del trabajo”, 19ª Edición, Director, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. Autores GARCÍA ORTEGA, J., GOERLICH PESET, J.M., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., SALA FRANCO, T., Tirant lo Blanch, Valencia 2010 pág. 195, el sistema era otro: *“La respuesta jurisprudencial es clara: la prioridad en la iniciativa es determinante de la preferencia de una u otra representación -STS 30 de octubre de 1995 (RJ 7930)-. Podrán, del lado de los trabajadores, tomar la iniciativa la representación unitaria o bien el sindicato o sus secciones sindicales siempre que cuenten con mayoría en el comité de empresa si el convenio afecta a la totalidad de los trabajadores -STS 30 de octubre de 1995 (RJ 7930)- Si, al contrario, es la empresa la que toma la iniciativa para negociar, nada parece oponerse a que ésta elija al interlocutor que estime más apropiado -STS 18 de enero de 1993 ((RJ 94), siempre que, de tratarse con la representación sindical, ésta reúna la mayoría en el órgano de representación unitaria”*.

<sup>745</sup> Algunos autores explican el cambio como un intento de acabar con el debate respecto de la legitimación directa de los sindicatos en los convenios de empresa, GÁRATE CASTRO, J.: “La reforma de las reglas de legitimación (inicial y plena) para negociar convenios colectivos”, en *RL*, nº 23-24, 2011, p. 63 y 67 y GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las reformas de las garantías subjetivas de la negociación colectiva, legitimación negocial y comisión negociadora”, en GARCÍA PERROTE y MERCADER (Dirs.), *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, p. 132.

o de aquéllas <sup>746</sup>. Entendiéndose incluso por algún sector doctrinal que la infracción a la regla del art. 87.1 ET supondría la vulneración del derecho a la libertad sindical, abriendo la vía de la tutela judicial por vulneración de derechos fundamentales ex art. 177 LRJS <sup>747</sup>.

Desde esta perspectiva, nos encontramos ante una reforma de envergadura en la materia <sup>748</sup>.

En un sentido crítico con la nueva previsión legal, la preferencia pudiera servir para excluir arbitrariamente en determinadas negociaciones a sujetos integrantes de los órganos de representación unitaria que, en otro caso, estarían perfectamente legitimados para la negociación. Por ejemplo, candidaturas independientes no adscritas con mayorías simples en el órgano de representación <sup>749</sup>. Igualmente resulta contradictoria la pretendida potenciación de la negociación a través de canal sindical desde la perspectiva de favorecimiento de los más representativos <sup>750</sup>.

A la inversa, se apunta que en los supuestos de inaplicaciones en convenios de ámbito superior a la empresa negociados por los sindicatos, la preferencia por el canal sindical en la empresa “mitiga” en cierta manera la ausencia en la negociación del descuelgue de aquéllos <sup>751</sup>.

Sea como fuere, para que la preferencia negociadora del canal sindical entre en juego tras la norma de urgencia de agosto de 2013, se requiere expresamente en la norma que se ostente la mayoría en los centros de trabajo afectados por la inaplicación, “a modo de un

---

<sup>746</sup> Se salva así la posible vulneración de la preferencia negocial de la sección sindical alegada con la anterior regulación contenida en el art. 26.2 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, en cuanto que disponía que si la empresa tuviera varios centros de trabajo afectados por el procedimiento intervendría, de manera preferente, el comité intercentros o el órgano de naturaleza similar creado mediante negociación colectiva si por esta vía tuvieran atribuida esta función. Ahora la Ley regula esta posibilidad, pero siempre dejando clara la preferencia negociadora de la sección sindical, no hay posible discusión en este sentido.

<sup>747</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 162

<sup>748</sup> Para SEMPERE NAVARRO, A. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*. Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, enero 2014, p. 98, en principio, atribuye a los sindicatos un poder expansivo notable, al margen de que cuestión distinta sea la de acreditar la suficiente implantación a nivel del centro afectado.

<sup>749</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimo segunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 2013, p. 370, la opción del art. 87.1 párr. 2º ET tras redacción RDL 7/2011 se trata de “Una opción que tal vez no es la más acertada, teniendo en cuenta que en los órganos de representación unitaria pueden estar presentes otros representantes de los trabajadores (líderes “naturales”, candidatos o candidaturas “independientes”) no integrados en los sindicatos”

<sup>750</sup> Para NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, el objetivo era claro, la potenciación de la acción de los sindicatos a través de las secciones de empresa. Sin embargo, a su juicio no tiene mucho sentido pretender potenciar el papel de los sindicatos y además favorecer especialmente a los sindicatos representativos al margen de que este sistema dejará fuera de estos procesos a representantes unitarios no sindicalizados.

<sup>751</sup> En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*. Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, enero 2014, p. 70.



*adelantamiento de la constatación de la exigencia de la legitimación plena*" <sup>752</sup>. En el caso contrario de falta de implantación del sindicato vía mayoría en el órgano de representación unitaria no será posible canalizar la negociación a través de la sección sindical. Por lo tanto, se requiere una "movilización" previa del sindicato en la empresa a través de la afiliación y de la necesaria constitución de la sección sindical <sup>753</sup>.

No obstante, se nos plantean ciertos interrogantes en relación con esta preferencia negocial que debemos tratar de resolver.

En primer término, en la norma se refiere que la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales "*cuando éstas así lo acuerden*", lo que plantea a su vez dos cuestiones. Primera, si la norma está exigiendo o no un acuerdo del conjunto de todas las secciones sindicales con presencia en el órgano de representación, sin que fuera posible una interpretación en la que una sola sección sindical pudiera negociar en exclusiva, aún en el supuesto de que aglutinara a la mayoría de los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal. Segunda, si acordada la interlocución a través de las secciones sindicales, sería también preceptiva la presencia en esa comisión negociadora de todas las que tuvieran implantación en el órgano de representación, aún en el supuesto de que una de ellas tuviera la mayoría absoluta en dicho órgano.

A la primera cuestión, determinada sector entiende que basta con que una sección sindical representativa pero no mayoritaria se oponga a la negociación por esta vía para que se decante la opción a favor de la representación a través de la representación unitaria, casi con un efecto práctico de inversión de la preferencia <sup>754</sup>.

A la segunda cuestión, aunque la norma no lo diga expresamente, cierto sector interpreta que a este tipo de comisiones negociadoras se les debe aplicar las reglas generales de legitimación del convenio, por lo que todos los sindicatos que tengan la necesaria representatividad tienen derecho a formar parte de dicha comisión, ya que su exclusión atenta al principio de libertad

---

<sup>752</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: "Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012", *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 68 y 69. Para el autor, ese requisito presenta fuertes identidades con el de la mayoría para la válida constitución de la comisión negociadora, es "*un a modo de adelantamiento de la constatación de la presencia de la legitimación plena para dicha constitución, con lo cual se aprecia coordinación y coherencia en las exigencias subjetivas de negociación del convenio colectivo*". Sigue a GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: "Las reformas de las garantías subjetivas de la negociación colectiva, legitimación negocial y comisión negociadora", en GARCÍA PERROTE y MERCADER (Dirs.), *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, p. 132.

<sup>753</sup> En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*. Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, enero 2014, p. 96 interpretan que si los trabajadores del centro de trabajo no se han movilizado a través de la afiliación y organizando secciones sindicales, es lógico que el legislador imponga alguna consecuencia ante esta falta de implantación no amparando la negociación por la sección sindical.

<sup>754</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: "Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012", *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 68 y 69, "*Lógicamente a sensu contrario, cuando no se logre ese consenso de mayorías entre las diversas secciones sindicales, procede la negociación a través de la representación estatutaria*"

sindical <sup>755</sup>. Es ésta desde luego la conclusión que a nuestro juicio se impone en una interpretación integradora del precepto con el art. 87.5 ET <sup>756</sup> y en relación con el derecho a la negociación colectiva de las secciones sindicales regulado en el art. 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical <sup>757</sup>.

Por otro lado, se nos plantea un segundo interrogante en relación a si con la nueva redacción de la norma, -que se refiere de manera expresa a las secciones sindicales-, se cierra o no de manera definitiva el debate en torno a las posibilidades de negociación por la sección sindical o por el sindicato <sup>758</sup>.

En una primera lectura literal de la norma, La Ley se refiere expresamente a la negociación por las secciones sindicales, no por las representaciones sindicales, lo que no es exactamente lo mismo.

Ahora bien, dicho esto, ¿quiere decir que no podrían negociar directamente los sindicatos de empresa cuando no tuvieran constituidas formalmente secciones sindicales? La respuesta desde luego resulta controvertida a tenor de las posiciones doctrinales analizadas.

En una primera lectura, determinados autores mantienen la legitimación directa del sindicato sin objeción alguna, sin que se deba interpretar que la mención expresa en la norma a la sección sindical comporte limitar la libertad organizativa de los sindicatos, resultando clave a estos efectos que el ámbito del sindicato y de la sección sindical coincidirán, tratándose por tanto de una mera cuestión formal en lo organizativo <sup>759</sup>.

En la posición contraria, en una perspectiva histórica de la regulación hasta el Real Decreto Ley 7/2011, se aduce que en el texto legal se limitan claramente las posibilidades de negociación a

---

<sup>755</sup> GARCÍA VIÑA, J.: “Los sujetos titulares de las consultas. Legitimación negocial”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. aludiendo a STS de 23 de enero de 2012, recurso nº 220/2010.

<sup>756</sup> Art. 87.5 ET: “*Todo sindicato, federación o confederación sindical, y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora*”

<sup>757</sup> Criterio éste que se sigue en la Sentencia de la Audiencia Nacional número 193/2013, de fecha 14 de noviembre de 2013, en recurso 320/2013, Ponente M<sup>a</sup> del Carmen Prieto Fernández, en la que se anula determinado acuerdo alcanzado en mediación ante el SIMA entre la empresa y las secciones sindicales mayoritarias de CCOO y UGT, que ostentaban el 65 por 100 de la representatividad en la empresa, acuerdo en materia de flexibilidad interna en medidas de los arts. 40, 41, 47 y 82.3 ET, con el argumento de vulneración de la libertad sindical de los sindicatos minoritarios al no haber estado presentes en la firma de la mediación pero sí en la comisión negociadora previa cerrada sin acuerdo.

<sup>758</sup> En este debate, antes de las reformas puestas en marcha a partir del Real Decreto Ley 7/2011, un análisis exhaustivo de la jurisprudencia ordinaria y constitucional en “Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios infraempresariales, empresariales y sectoriales”, SOLANS LATRE, M.A., en *Manual jurídico de negociación colectiva*, Dir. VALDÉS DAL-RÉ, f., Coord. LAHERA FORTEZA, J., *Manuales Profesionales La Ley*, 1ª Ed., febrero 2008, p. 228 a 232.

<sup>759</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 69

la sección sindical -no al sindicato- y sólo en las condiciones previstas en la norma <sup>760</sup>. En este sentido, se pone hincapié en la diferente legitimación para la negociación de un convenio colectivo ex art. 87 ET y la legitimación para la negociación de las medias de flexibilidad interna ex art. 41.4 ET, por ende, de la inaplicación del convenio <sup>761</sup>, cohonestándose la sindicalización de la comisión negociadora con su representación interna en la empresa <sup>762</sup>, no habiendo contemplado la norma una negociación con sujetos externos a la empresa sino con la representación sindical en la misma, representación ésta que legalmente se canaliza a través de las secciones sindicales, priorizando la norma a las secciones sindicales mayoritarias y no a los sindicatos <sup>763</sup>.

---

<sup>760</sup> LUJÁN ALCARAZ, J.: “La legitimación para negociar: empresa o grupos”, en Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio, BIB 2011\1156 “El RD Ley 7/2011 modifica completamente este planteamiento con solo tres expeditivos retoques: a) en primer lugar, deja de referirse a las «representaciones sindicales» y directamente alude a las «secciones sindicales», con lo que también pone fin a la intervención de los sindicatos como sujetos negociadores en el ámbito empresarial; b) en segundo término distingue a estos efectos entre secciones sindicales representativas ( «secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité» ) y no representativas, reconociendo legitimación solo a las primeras; y c) por último, si las hay, directamente confía la negociación a estas secciones sindicales representativas en la empresa ( «la intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal» ) en detrimento de las representaciones unitarias.”

<sup>761</sup> Laudo arbitral de fecha 3 de julio de 2014, en expediente de inaplicación 5/2014 seguido ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, árbitro María Antonia Castro Argüelles, fundamento de derecho primero: “Desde luego, no es la primera vez que se defiende que las secciones sindicales son meros órganos del sindicato. Así lo ha hecho el TS para justificar la intervención directa del sindicato en la negociación colectiva en la empresa (entre otras, la STS de 28 de febrero de 2000, RJ 2246). **No obstante, hay razones para rechazar la aplicación de esta interpretación en los procesos de descuelgue en la empresa, que tienen que ver con el alcance de la intervención que se atribuye legalmente a estas secciones sindicales en la comisión negociadora del acuerdo de inaplicación, y especialmente en el hecho de que, como dice expresamente el art. 41.4 ET, han de representar a todos los trabajadores de los centros de trabajo afectados, estén o no afiliados al sindicato**” (Negrita del que suscribe)

<sup>762</sup> GARCÍA VIÑA, J.: “Los sujetos titulares de las consultas. Legitimación negocial”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 13: “La sindicalización de la comisión negociadora se cohonestaba con su representatividad interna en la empresa, de manera que la norma no contempla una negociación con sujetos externos a la empresa, como son las federaciones. Parece claro, por tanto, que si se pacta una comisión híbrida, en la que hay miembros nombrados por secciones sindicales y por federaciones, es exigible dar la máxima seguridad a los interlocutores nombrados, porque su nombramiento debe acomodarse a la representatividad efectiva del sindicato en la empresa y no fuera de ella. En caso contrario, debe declararse la nulidad si se ha negado la viabilidad de una comisión, compuesta indistintamente por federaciones y por secciones sindicales, porque no había modo de determinar la representatividad de cada una, impidiendo, por consiguiente, que el acuerdo pudiera considerarse democrático.”

<sup>763</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional nº 211/2013, de fecha 26 de noviembre de 2013, en recurso 324/2013, F.J. 3º; Ponente Ricardo Bodas: “La Sala ya ha descartado que los Sindicatos tengan derecho a conformar las comisiones negociadoras de los despidos colectivos en las empresas, salvo que se haya convenido así en acuerdo de empresa ( SAN 23-04-2012, proced. 2/2012 ), porque la intención del legislador es manifiestamente clara, dado que prioriza a las secciones sindicales mayoritarias en la empresa, pero no a los sindicatos de los que formen parte ( arts. 51.2 y 41.4 ET )”

A nuestro juicio es la sección sindical la que goza en exclusiva de la preferencia negociadora por lo que, de no haber secciones sindicales constituidas, no se podrá hacer uso de esta facultad, sin que pueda sostenerse el argumento de que el sindicato pueda convertirse sin más en referente cuando exista una pluralidad de centros de trabajo allí donde están constituidas secciones sindicales <sup>764</sup>. Fundamentalmente, y más allá de la redacción literal de la norma, porque la propia Ley exige para otorgar la preferencia negocial que las secciones representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados <sup>765</sup>, mayoría de la audiencia electoral que impide la habilitación sin más al sindicato que puede que no cumpla con esta condición. Es ésta además la interpretación seguida por la jurisprudencia constitucional posicionada a favor de la legitimación negociadora directa de las secciones sindicales y no de los sindicatos <sup>766</sup>.

No obstante, la cuestión se encuentra abierta a debate, sobre todo a la vista de la contradictoria doctrina judicial, incluso dentro de la propia Sala de la Audiencia Nacional, con lo que una vez más habrá que esperar al criterio uniformador en la jurisprudencia <sup>767</sup>.

En tercer término, la norma configura un sistema de representación alternativo, con preferencia por el canal sindical, pero que no excluye la participación de la representación unitaria. De esta forma, no serían conformes a la norma determinadas cláusulas de convenios a través de las cuales se reservara en exclusiva la interlocución a las secciones sindicales bajo el pretexto de haberse negociado el convenio objeto de descuelgue por el canal sindical. Por el mismo argumento, tampoco serían conformes a derecho pactos en convenio por los que se

---

<sup>764</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: "Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012", *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 69.

<sup>765</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional nº 211/2013, de fecha 26 de noviembre de 2013, en recurso 324/2013, F.J. 3º, Ponente Ricardo Bodas: "*Parece claro, por tanto, que las secciones sindicales mayoritarias tienen prioridad absoluta para conformar la comisión negociadora de los períodos de consulta de los despidos colectivos, siempre que concurran los requisitos siguientes: a. - Que haya secciones sindicales en la empresa b. - Que las secciones, existentes en la empresa, ostenten la mayoría de los representantes legales de los trabajadores en la empresa. c. - Que esas secciones sindicales decidan negociar el período de consultas. Ya hemos visto, que en la empresa demandada ninguno de los sindicatos tenían al iniciarse el período de consultas, ni tienen en la actualidad, secciones sindicales en la empresa, por lo que no existía posibilidad legal de negociar con las secciones sindicales. De hecho, la lectura atenta de las actas de la comisión negociadora revela que la comisión estuvo compuesta siempre por los representantes legales de los trabajadores, siendo irrelevante, a nuestro juicio, que se identificaran sus correspondientes afiliaciones sindicales, por cuanto lo normal es que los representantes de los trabajadores estén sindicalizados*"

<sup>766</sup> Por todas, F.J. 4º en Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1991, de 20 de junio o F.J. 3º en Sentencia número 208/1993, de 28 de abril.

<sup>767</sup> En este sentido, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en su sentencia número 202/2014, de fecha 18 de diciembre de 2014, en recurso 225/2014, Ponente Aramendi Sánchez, contradice expresamente su anterior criterio anulando laudo arbitral de fecha 3 de julio de 2014, en expediente de inaplicación 5/2014 seguido ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, árbitro María Antonia Castro Argüelles, al conceder en el F.J. 6º legitimación activa al Sindicato UGT en cuanto tal para solicitar la intervención de la comisión paritaria del convenio, aún existiendo sección sindical en la empresa, interpretación que no compartimos.

bloqueara la preferencia a favor del canal sindical estipulada en la norma atribuyendo preferencia al canal unitario <sup>768</sup>.

En cuarto lugar, a la vista de los problemas prácticos que se plantean, resulta importante en este momento destacar que *“No cabe confundir adscripción sindical de órganos unitarios con órganos sindicales”* <sup>769</sup>. En este sentido, una vez que las partes negociadoras, en uso de sus facultades, hubieran hecho ejercicio de su derecho a negociar por el canal de representación unitaria, en detrimento del sindical, no podría atenderse la hipotética pretensión de un sindicato de intervenir en cuanto tal en la negociación. Y ello por mucho que tuviera audiencia en el órgano de representación unitaria y que, en la práctica, materialmente se produzca una efectiva intervención del sindicato en la negociación a través de sus representantes en la comisión negociadora. Formalmente no es posible confundir a estos efectos representación unitaria y sindical.

Por último, en relación con la posibilidad de interlocución a través de sección sindical de grupo, por supuesto siempre sobre la premisa de una negociación de esta naturaleza, en principio no habría obstáculo alguno para canalizar la interlocución a través de una sección sindical de grupo, desde la perspectiva de que se trata de una figura que no está expresamente prohibida en nuestro ordenamiento laboral. En todo caso, es una posibilidad que expresamente ha sido recientemente reconocida en la doctrina judicial <sup>770</sup>.

### *3.2.- La interlocución en el supuesto de no existir representación legal de los trabajadores: las comisiones sindicales y las comisiones de trabajadores “ad hoc”*

#### **3.2.1.- Naturaleza jurídica de las comisiones sindicales y ad hoc**

Como hemos apuntado, el legislador habilita expresamente en el art. 41.4 del ET la negociación de los procedimientos de inaplicación con otros sujetos diferentes de los representantes unitarios o sindicales en ausencia de éstos.

En consecuencia, el modelo legal faculta para que los trabajadores sin representación opten, a su elección, entre la designación de una comisión integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente con un máximo de tres miembros, o el

---

<sup>768</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo”, Ponencia a la XXVII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, Madrid, 10 de diciembre de 2014, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, p. 41

<sup>769</sup> Supuesto resuelto en la Sentencia de la audiencia Nacional nº 142/2013, en recurso 180/2013, de fecha 8 de julio de 2013, Ponente Carolina San Martín Mazzucconi.

<sup>770</sup> Sentencia número 108/2014 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 12 de junio de 2014, en procedimientos acumulados 81 y 86/2014, Ponente Rafael López Parada, F.J. 8º: “b) En cuanto a la formación de la comisión negociadora a partir de secciones sindicales de grupo, que se dice por los demandantes que no existen como tales, ha de decirse en primer lugar que esto no es así en el caso de todas las centrales sindicales, puesto que consta probado en el ordinal décimo sexto que tres de los sindicatos (UGT, CSIF y USO) expresamente contestaron a la petición de formación de la comisión negociadora que les dirigió la empresa optando por negociar precisamente como secciones sindicales de grupo, figura que en modo alguno está prohibida por nuestra legislación y es una opción a disposición de la autonomía organizativa de las centrales sindicales, habiendo sido reconocida por la jurisprudencia como posibilidad válida en la interlocución de la negociación en el nivel de grupo de empresas (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1994, rec. 3902/1992).”

nombramiento de una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieren legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio de aplicación en la misma.

Con anterioridad a la habilitación legal en el Estatuto de los Trabajadores de estos nuevos sujetos legitimados para la negociación, no era ni mucho menos pacífica la respuesta en el sentido de cómo se debía proceder en los procedimientos de descuelgue en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores, habiendo sido reclamada por algún sector doctrinal una modificación en la norma que posibilitara la negociación en las empresas carentes de representación <sup>771</sup>.

Las resoluciones judiciales que se acercaban a la cuestión no eran unánimes, variando las posiciones desde las que validaban el acuerdo suscrito directamente con la totalidad de los trabajadores afectados en los supuestos de ausencia de representación legal, hasta las que negaban esta posibilidad por entender que atentaba contra la autonomía colectiva y la libertad sindical <sup>772</sup>.

En este contexto jurídico incierto, se promulga la Ley 35/2010 por la que se habilita específicamente para la negociación en los períodos de consultas de los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET a estas comisiones sindicales y *ad hoc* en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores <sup>773</sup>. Debemos destacar que en la norma de urgencia previa a la citada Ley, el Real Decreto Ley 10/2010, la habilitación para la negociación lo era exclusivamente para

---

<sup>771</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: “La reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 14, 2010, pág. 126, referían la posibilidad cuando no existieran representantes legales de los trabajadores de hacer extensible la celebración de acuerdos de empresa que derogaran parcialmente un convenio colectivo directamente con los trabajadores afectados reunidos en asamblea, si bien se apuntaba que pudiera resultar en cierto modo contrario al derecho a la negociación colectiva, como ya se apuntó anteriormente: CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E.: “Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses”, *Relaciones Laborales*, nº 4 y 5, 1995, pág. 23 y ss.

<sup>772</sup> Entre las primeras, Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 12 de mayo de 2009, recurso 547/2009 y de fecha 13 de octubre de 2010. Entre las segundas, Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de 29 de mayo de 2008, AS 2008, 1600.

<sup>773</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 42, ha planteado que esta opción legal debe limitarse a los supuestos en que legalmente no sea posible disponer de dichos órganos legales de representación o donde los procesos electorales efectivamente promovidos no hayan permitido la elección de representantes. No es esta una lectura que pueda deducirse del tenor literal de la norma y que además iría en contra de la finalidad pretendida.

las comisiones sindicales <sup>774</sup>, sin que existiera referencia alguna en la norma a las comisiones de trabajadores *ad hoc* <sup>775</sup>.

La simple lectura de la norma nos permite extraer las primeras conclusiones.

La más evidente, la de que la habilitación legal a las comisiones *ad hoc* no lo es para la negociación colectiva estatutaria en sentido amplio, sino exclusivamente para la interlocución específica y puntual en los períodos de consultas en medidas de flexibilidad interna y externa, entre otras, en los descuelgues de convenio colectivo.

En segundo lugar, la de que el mandato tiene naturaleza temporal <sup>776</sup>, pues se agotará con la finalización de aquél <sup>777</sup>. Sólo desde esta naturaleza temporal del mandato se podría

---

<sup>774</sup> Art. 41.4 párr. 3º Real Decreto Ley 10/2010: “En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación para la negociación del acuerdo con la empresa a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta; sus acuerdos requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros”

<sup>775</sup> Para algún autor, DEL REY GUANTER, S.: “El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 123, éste modelo dual, comisión sindical más comisión *ad hoc*, parece más respetuoso tanto con la libertad sindical como con la voluntad colectiva de los trabajadores en las empresas de menor dimensión, sin contar con que se hace más viable en la práctica. Para otro sector doctrinal, sin embargo, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Cláusulas de descuelgue empresarial”, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág. 244, hubiera sido más prudente el mantenimiento exclusivo de la comisión sindical del Real Decreto Ley 10/2010 dadas las posibles “injerencias” empresariales para que se opte por la representación interna, previsiblemente menos contestataria frente a la posición empresarial.

<sup>776</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 98, la norma configura esta representación como una solución puntual para atender la necesidad legal de desarrollar el período de consultas, por tanto no se pretende instaurar un nuevo mecanismo de representación permanente, agotada su función termina su mandato representativo. Siguiendo este criterio, MELLA MÉNDEZ, L.: “Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 109/2011, 2º trimestre, pág. 34: la atribución de la representación de la plantilla a la comisión designada no tiene carácter general ni indeterminado, pues aquélla es para negociar con el empresario sobre un asunto y momento particulares. También LAHERA FORTEZA, J.: “El descuelgue salarial” en AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL-RRÉ, F.): *La reforma laboral de 2010*, Ed. Reus, 2011, para quien queda agotada su legitimación una vez concluida, con o sin pacto, el período de negociación de la medida. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, en VV.AA., *La reforma del mercado de trabajo*, Dirección GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J), Ed. Lex Nova, Valladolid 2010 pág. 174, la designación de la comisión sindical o *ad hoc* lo será en exclusiva para la negociación del acuerdo. En sentido contrario, calificándola como tercera vía de representación pero acotándola igualmente en el tiempo, DEL REY GUANTER, S.: “El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 123: se trata de una tercera vía de representación en la empresa frente a la sindical y a la unitaria. La mayor diferencia es la del carácter temporal al tener una finalidad coyuntural.

interpretar la no extensión a los trabajadores designados de las garantías y prerrogativas de los representantes unitarios y sindicales<sup>778</sup>, entre otras garantía de indemnidad<sup>779</sup>, si bien en este punto, de *lege ferenda*, proponemos extender ciertas garantías de indemnidad e inmunidad a los miembros de la comisión *ad hoc* por razones obvias<sup>780</sup>.

En tercer término, el modelo de interlocución en los supuestos de ausencia de representación legal se ha incorporado en todas y cada una de las sucesivas reformas laborales, desde la iniciada en el 2010 hasta la última efectuada en 2014, por lo que, en principio, goza de un cierto consenso al haber sido acogido el modelo por legisladores de diferente signo<sup>781</sup>.

---

<sup>777</sup> Con la particularidad de que estas representaciones van a ostentar más a allá del propio período de consultas legitimación activa para el ejercicio de las correspondientes acciones colectivas que les han sido reconocida judicialmente.

<sup>778</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: "Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna", en VV.AA. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 112 los integrantes de esta comisión no gozan de un carácter equiparable a los representantes legales o sindicales de los trabajadores, ni cuentan con las facilidades de estos, ni con las garantías que les protegen, lo que es un problema por la presión empresarial. Por eso el autor toma partido a favor de las comisiones sindicales pues en este caso los designados "no parece que deban ser necesariamente trabajadores de la empresa". FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Cláusulas de descuelgue empresarial", *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág 246, no existe una extensión expresa de la garantías de los representantes legales de los trabajadores, ni tampoco un modulado régimen de garantías específico para los representantes en estas situaciones. El status jurídico de los miembros de la comisión *ad hoc* es bastante difuso.

<sup>779</sup> Excluyendo otorgar garantía de indemnidad a trabajadores integrantes de comisión *ad hoc*, Sentencia 8453/2014 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 18 de diciembre de 2014 en recurso 4637/2014 Ponente Soler Ferrer F.J. 3º.

<sup>780</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: "Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés", *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 109/2011, 2º trimestre, pág 36, cabe defender la extensión de las garantías típicas de los RLTS del art. 68 ET a los miembros de la comisión interna: "Desde luego, tal extensión está justificada objetivamente y, además, ha venido siendo la norma para otros trabajadores que, ocasionalmente, ejercen de representantes *ad hoc*, como sucede, por ejemplo, en materia de prevención de riesgos, y ya estén o no aquéllos integrados en el servicio de prevención (artículo 30.4 Ley 31/1995)"

<sup>781</sup> Excepción hecha de la asistemática y extravagante previsión en el art. 85.3 h) 4º ET, en redacción tras Real Decreto Ley 7/2011, en relación con la interlocución de la comisión paritaria que se acordara en el correspondiente convenio colectivo en los supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial cuando no existiera representación legal de los trabajadores en la empresa, ampliamente criticada a nivel doctrinal: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa", Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p. 14 a 17, porque no existía obligación de los negociadores de los convenios de incluirla en los cometidos de la comisión paritaria, no pudiendo servir de base para disponer de la regulación de la comisión *ad hoc* del art. 41.4 ET por mucho que constituyera una remisión prácticamente en blanco a la negociación colectiva sectorial, además de que era una posibilidad ya existente en relación con la interpretación constitucional del derecho a la negociación colectiva ex art. 37.1 CE y a adoptar medidas de conflicto colectivo ex art. 37.2 CE, ver. Porque ya había sido resuelta la cuestión a partir del RDL 10/2010, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 124. Porque por su indeterminación en lo relativo a su función su eliminación no provocaba efectos prácticos, MIÑARRO YANINI, M.: "La



A pesar de ello, desde la misma instauración de la facultad de designación de las comisiones *ad hoc* se ha mantenido en la doctrina científica un intenso debate entre quienes rechazan la posibilidad de nombramiento de la comisión de trabajadores *ad hoc*, planteando incluso dudas sobre su inconstitucionalidad, y quienes justifican su previsión en la norma por entender que encaja plenamente en el modelo amplio de negociación colectiva diseñado por el constituyente en el art. 37.1 CE.

Los argumentos entre los detractores de la nueva interlocución *ad hoc* son variados. Porque que no se garantiza la autonomía colectiva ni la libertad sindical, en cuanto que el acuerdo se sustituiría por la concurrencia de voluntades de los trabajadores <sup>782</sup>. Porque el acuerdo reside sobre la base de una negociación plural, que no colectiva, siendo la comisión *ad hoc* meramente instrumental al estar negociando directamente los trabajadores por lo que se plantea su inconstitucionalidad <sup>783</sup>. Porque supone una depreciación del carácter normativo del convenio, quedando afectada la regla de legitimación para negociar al introducirse un elemento que cuestiona la eficacia normativa de la negociación colectiva al facilitarse la asimetría entre sujetos legitimados y ámbitos de negociación <sup>784</sup>. Porque constituye un ataque frontal frente al sistema constitucional de negociación colectiva y al principio de eficacia general de los convenios colectivos estatutarios al carecer los miembros de la comisión de la

---

regulación legal de las competencias de las comisiones paritarias: más que un viaje de ida y vuelta”, *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 151 y 152. Porque requeriría de una habilitación previa del convenio colectivo en todo caso, IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup>. T.: “El renovado papel de las comisiones paritarias de los convenios colectivos: algunos apuntes”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 402. O porque, en definitiva, tendría difícil encaje en la solución de las discrepancias en descuelgues de convenios sectoriales si quien decide se constituye en juez y parte, FERIA BASILIO, I.: “Las comisiones paritarias y las facultades negociadoras convencionales tras el trienio reformador”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 382. En posición contraria, no descartando que los convenios colectivos otorgaran protagonismo a las C.P. en estos supuestos sustituyendo la intervención de las comisiones *ad hoc*, CRUZ VILLALÓN, J.: “Principales novedades del Real Decreto Ley 7/2011 de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva en materia de mediación y arbitraje”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p 22, no compartimos este argumento por los límites a la disposición del procedimiento que analizaremos al final del epígrafe al entender que nos encontramos ante una regulación de orden público no disponible en el art. 41.4 ET.

<sup>782</sup> BAYLOS GRAU, A.: “Tendencias en la crisis y reforma de la negociación colectiva: algunos interrogantes”, <http://baylos.blogspot.com/>, 14 de julio 2011. No era éste, sin embargo, el criterio del propio autor en su artículo “Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma de 2010”, *Diario La Ley*, 14 de octubre de 2010, nº 7488, en el cual sostenía que la designación de la comisión, bien *ad hoc*, bien sindical, descansaría siempre sobre el requisito central del acuerdo colectivo, y ello precisamente para salvar los problemas que desde el punto de vista de la garantía de la autonomía colectiva y de la libertad sindical se plantearían en el acuerdo plural de trabajadores individuales

<sup>783</sup> ALFONSO MELLADO, C. “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en VV.AA. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 127. Pese a que anteriormente se había mantenido la posición contraria en anterior trabajo.

<sup>784</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”, *Actualidad Laboral*, nº 4, Quincena del 16 al 28 de febrero 2011, Tomo 1, Editorial La Ley, pág. 2

consideración de representantes de los trabajadores, ni unitarios, ni sindicales, quedando expedito el camino hacia la negociación individual de las condiciones salariales <sup>785</sup>. Por los riesgos de aplicación distorsionada en la práctica, al no garantizarse plenamente la autonomía y libertad de decisión de los trabajadores en la empresa <sup>786</sup>. También rechazándola, pero más que por su naturaleza por sus consecuencias, pues se va a poder inaplicar un convenio colectivo, que es fuente de derecho, por una comisión que no puede ser considerada como órgano de representación y que carece de legitimación para su negociación <sup>787</sup>. Porque se aparta de manera ostentosa de la regla de oro que en nuestro sistema jurídico constitucional ha informado sistemáticamente la intervención de la norma de ley en los cauces de consulta/negociación, a saber, el mantenimiento del equilibrio de fuerzas de las partes negociadoras, abriendo paso a la vía de respuesta sindical por los firmantes del convenio para impugnar el acuerdo *ex art. 17.2 LRJS* <sup>788</sup>. Porque el margen de capacidad real y efectiva para negociar se torna más que dudoso y porque no se concreta en la norma qué se entiende por procedimiento democrático <sup>789</sup>. En esta línea crítica, aún reconociéndola como una nueva vía de representación legal de los trabajadores en la empresa, de carácter supletorio y temporal, se rechazaría aún no siendo una fórmula desconocida por dos motivos, el primero, porque no puede constituirse en un instrumento colectivo de regulación derogatorio del convenio, ni puede equipararse al acuerdo de empresa como expresión de negociación colectiva, el segundo, por la complejidad técnica de la opción por la comisión sindical, lo que desincentivará su elección <sup>790</sup>.

En la posición contraria, para otro sector de doctrinal el ajuste constitucional de las nuevas comisiones de trabajadores habilitadas en la norma no se cuestiona <sup>791</sup>. Porque una vez respetadas las garantías democráticas exigibles en la designación, no pueden equipararse los pactos colectivos de estas comisiones con los acuerdos individuales o plurales, por lo que la

---

<sup>785</sup> LÓPEZ ANIORTE, M<sup>o</sup> C.: "El nuevo régimen jurídico del descuelgue salarial tras la reforma laboral de 2010", en AA.VV., *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (Dir. ALFREDO MONTOYA MELGAR, FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ) Ed. Civitas, primera edición, febrero 2011, pág. 295 y 296

<sup>786</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: "El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012", *Revista de Derecho Social* nº 57, enero-marzo, año 2012, p. 232.

<sup>787</sup> GARCÍA VIÑA, J.: "Los sujetos titulares de las consultas. Legitimación negocial", Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 18

<sup>788</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: "La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios", *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 163 y 164

<sup>789</sup> OLARTE ENCABO, S.: "Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9/2014, parte La reforma laboral, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014, p. 6. Para la autora, estas dudas permiten afirmar la posibilidad de impugnación de los acuerdos por los sindicatos en los supuestos de no haberse garantizado un procedimiento democrático de elección y una negociación real.

<sup>790</sup> NAVARRO NIETO, F.: "La reforma del marco normativo de la negociación colectiva", XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 41

<sup>791</sup> SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: "La reforma de los artículos 40 y 41 ET", en AA.VV., *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (Dir. ALFREDO MONTOYA MELGAR, FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ) Ed. Civitas, primera edición, febrero 2011.

inaplicación no procede, en suma, de acuerdos individuales, sino de un acto de este sujeto colectivo que, además, lo es en todo caso de configuración legal <sup>792</sup>. En esta línea, manteniendo su plena constitucionalidad al distanciarse los acuerdos alcanzados en su seno de los supuestos de los acuerdos individuales en masa al no constituirse en estos últimos ningún sujeto colectivo y democrático <sup>793</sup>. Porque siendo claro que el objetivo era dar solución a los múltiples problemas que se podían dar en las pequeñas y medianas empresas, supone una reforzada apuesta por la autonomía negociadora del nivel de empresa <sup>794</sup>. En otra lectura, porque encuentra perfecto encaje en las fórmulas abiertas del 129.2 CE y 61 ET, en relación con la fórmula amplia del art. 37.1 CE, porque cuenta con un antecedente en el art. 4 del Real Decreto 43/1996, y porque la institución del descuelgue no supone el desplazamiento del convenio sino su adaptación <sup>795</sup>, interpretación seguida posteriormente por otros autores <sup>796</sup>. Porque se trata de una elevación a nivel legal de esta alternativa supletoria de representación prevista en el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, con lo que se gana en seguridad jurídica y en eficacia de los procedimientos <sup>797</sup>. O porque no puede negarse al producto negocial resultante la naturaleza de acuerdo colectivo de empresa derivado del derecho a la negociación colectiva ex art. 37.1 CE <sup>798</sup>. Incluso, aunque la previsión pudiera ser criticable, pues debilita el sistema de negociación clásico o tradicional, cuestión distinta sería la de su inconstitucionalidad, que ni siquiera se ha planteado en los recursos contra la reforma laboral del 2012. En esta interpretación la comisión *ad hoc* es una forma específica de

---

<sup>792</sup> LAHERA FORTEZA en "El descuelgue salarial" en AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL-RRÉ, F.): *La reforma laboral de 2010*, Ed. Reus, 2011: "Distinto es el escenario de los acuerdos individuales plurales o en masa donde, sin este acto de constitución de un sujeto colectivo, se procede a alterar un convenio colectivo, lo que vulnera su fuerza vinculante y se aparta del procedimiento legal del 82.3 ET"

<sup>793</sup> POQUET CATALA, R.: "La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 10.

<sup>794</sup> MERCADER UGUINA, J.: "Los acuerdos de descuelgue salarial: una apuesta por la negociación de empresa", en AAVV GARCÍA PERROTE-MERCADER UGUINA (DIR.) *La reforma laboral 2010. Aspectos Prácticos*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 198 y 199: "Serán, de este modo, los trabajadores directamente afectados por la decisión de descuelgue los que gozarán de la prerrogativa de intervenir por derecho propio en el proceso negocial que se habilite al efecto".

<sup>795</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: "La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, nº 22, diciembre de 2010, pág. 2641: "no se trata de un fenómeno nuevo, pues desde hace años coexisten varios instrumentos que permiten la modificación o la inaplicación parcial del convenio colectivo, instalados con normalidad en nuestro ordenamiento, sin tacha de constitucionalidad, ya que su función no es desplazar a la negociación colectiva que ha sido objeto de especial protección legislativa sino la de adaptarla para facilitar la flexibilidad en las empresas y su acomodación a las exigencias productivas y al mercado".

<sup>796</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: "Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés", *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 109/2011, 2º trimestre, pág 34 y 36: "la apuesta por la autonomía negociadora en el nivel de empresa mediante las comisiones internas o ad hoc es perfectamente legal dado que tiene encaje en la interpretación amplia de la literalidad del artículo 37.1 CE, según el que "la Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y los empresarios".

<sup>797</sup> DEL REY GUANTER, S.: "El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET", *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 123.

<sup>798</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial", *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 110 y 113: en la 100

representación colectiva que tendría acomodo en la amplísima legitimación para la negociación colectiva reconocida en el art. 37.1 CE, además de que el encaje sistemático del descuelgue en el Título III fortalece si cabe la imposibilidad de modificar condiciones de convenio mediante la suscripción de acuerdos individuales en masa <sup>799</sup>.

Probablemente como consecuencia de la polémica tras su previsión legal, desde algunos sectores se han propuesto otras medidas alternativas para la solución efectiva de la interlocución en supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores. Por ejemplo, la de que los firmantes del convenio sectorial prevean “en frío” una composición para dicha comisión <sup>800</sup>. O la de que se encomiende una misión a estos efectos a la comisión paritaria del convenio colectivo <sup>801</sup>. Sin descartar estas opciones, que no se encuentran excluidas del campo de la negociación colectiva, el problema reside en que su virtualidad práctica queda a la voluntad de las partes suscribientes de los convenios, por lo que no solucionarían la falta de interlocución en ausencia de pacto en convenio.

En todo caso, en el ciertamente convulso debate en torno a la naturaleza jurídica de las comisiones de trabajadores *ad hoc*, reciente doctrina judicial ha concluido con rotundidad en el sentido de que nos encontramos ante sujetos perfectamente legitimados para la negociación en la medida que ostentan la condición de representantes de los trabajadores. Si bien se ha asociado genéricamente el término representantes legales de los trabajadores con delegados de personal y miembros de comités de empresa y con representantes sindicales, no pudiendo formalmente las comisiones *ad hoc* no sindicalizadas subsumirse en ninguno de los supuestos citados, se argumenta que no dejan de ser una representación específica promovida desde la Ley <sup>802</sup>.

---

<sup>799</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 92.

<sup>800</sup> Algún autor ha propuesto como alternativa para una solución efectiva la de que los firmantes del convenio sectorial prevean “en frío” una composición para dicha comisión sindical, NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012. Sigue a DEL REY GUANTER, S.: “Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial.”, en *Temas Laborales*, nº 107, p. 172.

<sup>801</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 358.

<sup>802</sup> Sentencia nº 93/2013, de fecha 13 de mayo de 2013, en recurso 89/2013, Ponente Manuel Poves Rojas, F.J. 5º: “A nuestro juicio, **las comisiones ad hoc, sindicalizadas o no, ostentan la condición de representantes legales de los trabajadores**, por las razones siguientes: a. - Porque **es el propio art. 51.2 ET quien les reconoce la condición de representantes, utilizando una expresión inequívoca** - ...atribuir la representación para el período de consultas...- lo cual nos permite concluir inequívocamente que son representantes de los trabajadores, a quienes debe atribuirse la condición de representantes legales, por la sencilla razón de que así lo dispone la propia ley, que introduce dicha institución. b. - Si no fuera así, si las comisiones *ad hoc* no ostentaran propiamente la condición de representantes legales de los trabajadores se vulneraría frontalmente lo mandado por el art. 2.1 de la Directiva 1998/59/CE, que deja perfectamente claro, que el período de consultas deberá llevarse a cabo con los representantes legales de los trabajadores. - **Estamos, por tanto, ante una representación específica de los trabajadores, promovida por la ley**, para resolver precisamente que el período de consulta pueda negociarse con representantes de los trabajadores, donde estos no están elegidos formalmente, lo que sucede, como anticipamos más arriba, en la inmensa mayoría de empresas de nuestro país.”. Sigue argumento de

En nuestra opinión, las comisiones *ad hoc* de trabajadores y sindicales se presentan en la norma con la naturaleza propia de representantes legales de los trabajadores con pleno encaje constitucional por los siguientes motivos.

Primero, porque los supuestos de hecho de habilitación de una comisión de trabajadores *ad hoc* en ausencia de representación legal en nada se parecen a los supuestos de hecho a los que se refería el máximo intérprete constitucional a propósito de los acuerdos individuales en masa <sup>803</sup>. La comisión *ad hoc* es elegida democráticamente por todos los trabajadores, mediante sufragio universal, libre, secreto y directo <sup>804</sup>, con mandato limitado a la duración de la negociación en el período de consultas y para unos supuestos muy excepcionales como los de la negociación del descuelgue que debe responder en todo caso a la preceptiva exigencia causal. Siendo así, el acuerdo de designación confiere al acuerdo alcanzado la naturaleza de colectivo, alejándose a nuestro entender de lo que pudiera entenderse por un acuerdo plural en cuanto superposición de acuerdos individualizados <sup>805</sup>.

Segundo, porque en el modelo propuesto legalmente son los propios trabajadores los que, en su caso, optan por uno u otro tipo de representación, pues en modo alguno el empresario puede imponer la comisión de trabajadores *ad hoc* en detrimento de la comisión sindical.

Tercero, en el supuesto de la comisión *ad hoc* o de la comisión sindical, y al igual que en el supuesto de un delegado de personal o un miembro del comité de empresa, nos encontramos sin duda ante la expresión de una forma de participación en la empresa <sup>806</sup>, con perfecto

---

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El procedimiento de despido colectivo tras la reforma laboral de 2012”. Aranzadi Social, Revista Doctrinal, nº 2, mayo 2013.

<sup>803</sup> Entre otras, en sus Sentencias del Tribunal Constitucional número 105/1992, de 1 de julio, número 208/1993, de 28 de junio y número 107/2000, de 5 de mayo. En aquéllos supuestos, el Tribunal Constitucional, vino a declarar la nulidad de determinados comportamientos empresariales consistentes en la suscripción de acuerdos individuales “en masa” como alternativa a la negociación colectiva, declarando que la aceptación de los trabajadores individuales no excluía la posible vulneración del artículo 28.1 de la Constitución en cuanto que, detrás de esa suma de acuerdos individuales, realmente se escondía el propósito fraudulento de vaciamiento de la negociación colectiva en cuanto integrante del más amplio derecho a la libertad sindical. Como no puede ser de otra manera, compartimos plenamente ése argumento del máximo intérprete constitucional, pero unos y otros supuestos de hecho en nada se parecen.

<sup>804</sup> Art. 62 párr. 2º: “Los trabajadores elegirán, mediante sufragio libre, personal, secreto y directo a los delegados de personal en la cuantía siguiente...” Art. 69.1, “Elección: Los delegados de personal y los miembros del comité de empresa se elegirán por todos los trabajadores mediante sufragio personal, directo, libre y secreto, que podrá emitirse por correo en la forma que establezcan las disposiciones de desarrollo de esta Ley.”

<sup>805</sup> LAHERA FORTEZA en “El descuelgue salarial” en AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL-RRÉ, F.): *La reforma laboral de 2010*, Ed. Reus, 2011.

<sup>806</sup> No hay duda de que las representaciones unitarias constituyan una forma de participación en las empresas, en este sentido, basta referir el precepto del art. 61 ET, “Participación : De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley y sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este Título.”

encaje en los arts. 129.2 CE y 4.1. g) y 61 ET <sup>807</sup>. Más allá incluso, para algunos autores se trataría de un supuesto de solución autónoma <sup>808</sup>.

Cuarto, la finalidad del acuerdo de descuelgue no es la de desplazar a la negociación colectiva de eficacia general <sup>809</sup>, sino adaptar temporalmente las previsiones del convenio colectivo a las exigibles razones habilitantes. Por tanto, en el acuerdo de inaplicación, si bien nos encontramos ante un producto de la autonomía colectiva, que igualmente tendría su origen en el art. 37 CE, no estamos ante un convenio colectivo propiamente dicho.

Quinto, el derecho a la negociación colectiva del art. 37 CE es un derecho de configuración legal. Y en cuanto tal, el legislador ha procedido a regular la interlocución de las comisiones sindicales y *ad hoc* en una norma con rango de Ley, en el propio Estatuto de los Trabajadores, en la misma medida que, en su momento, procediera a regular la interlocución de los representantes unitarios de los trabajadores en otros preceptos del mismo cuerpo legal. No es cuestionable que el derecho a la negociación colectiva no se agota en las representaciones sindicales, no existe monopolio sindical para la defensa de los derechos colectivos de los trabajadores <sup>810</sup>. Es más, el propio legislador ha optado en el art. 87 ET por un sistema dual de representación en el ámbito de la negociación colectiva estatutaria a nivel de empresa en el que la legitimidad para la negociación la han venido ostentando, alternativa nunca acumulativamente, bien las representaciones unitarias, bien las representaciones sindicales. Y si con este sistema no podemos objetar reproche constitucional alguno a la legitimidad negocial otorgada a los comités de empresa o delegados de personal, en norma con rango de

---

<sup>807</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: "Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés", *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 109/2011, 2º trimestre, pág. 34.

<sup>808</sup> LANTARÓN BARQUIN, D.: "Novedades normativas y proyección de la reforma laboral de 2010 en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24 (2011), p. 5.

<sup>809</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: "La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, nº 22, diciembre de 2010, pág. 2641, "...su función no es desplazar a la negociación colectiva que ha sido objeto de especial protección legislativa sino la de adaptarla para facilitar la flexibilidad en las empresas y su acomodación a las exigencias productivas y al mercado"

<sup>810</sup> La Constitución no reserva en exclusiva a los sindicatos los derechos de negociación colectiva del 37.1 CE o de adopción de medidas de conflicto colectivo del 37.2 CE. En éste sentido, F. J. 4º de la STC 134/1994 de 9 mayo, RTC 1994\134: *"Es cierto que dichos sindicatos no son las únicas instituciones que pueden representar a los trabajadores y promover y defender sus intereses económicos y sociales. Concretamente, en nuestro ordenamiento existen otros sujetos, de creación legal o convencional como, por ejemplo, los comités de empresa, los delegados de personal o las juntas de personal, que pueden realizar estas actividades calificables latu sensu como sindicales y para llevarlas a cabo cuentan con medios de acción y con derechos constitucionales y legales, como son el derecho de huelga (art. 28.2 CE), la negociación colectiva (art. 37.1 CE) o la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE), que el Texto constitucional no reserva en exclusiva a los sindicatos."* O en el F. J. 5º de la STC 118/1983, de 13 de diciembre, RTC 1983\118: *"La Constitución Española ha partido, en la institucionalización de los derechos colectivos laborales, de un amplio reconocimiento de los titulares de aquéllos eludiendo la consagración de un monopolio del Sindicato, de forma que si el derecho de huelga se atribuye a los trabajadores (artículo 28.2), el de conflictos lo es a los trabajadores y empresarios (artículo 37.2) y el de negociación a los representantes de éstos (artículo 37.1)."*

ley ordinaria recordemos, por las mismas razones tampoco podríamos objetar impedimento alguno en el supuesto de la habilitación de esta interlocución específica prevista en la misma norma.

Por último, tampoco existiría a nuestro juicio la pretendida vulneración del derecho reconocido en el art. 28 CE. En primer lugar, porque en la jurisprudencia constitucional no toda hipotética infracción del art. 37.1 CE sería constitutiva de infracción del derecho a la libertad sindical<sup>811</sup>. Segundo, porque con la habilitación de las comisiones *ad hoc* no se está afectando el contenido esencial del derecho a la libertad sindical, pues en modo alguno se le somete a limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección<sup>812</sup>. En este sentido, nos encontramos más ante un supuesto de regulación de un derecho que de desarrollo del mismo, pues el derecho de un determinado sindicato a formar parte de una comisión negociadora formaría en todo caso parte del contenido adicional, no del esencial, del derecho reconocido en el art. 28.1 CE<sup>813</sup>. En tercer término, la intervención del legislador sería no solo adecuada para alcanzar el fin que se propone, sino necesaria a la vista de la experiencia práctica y los obstáculos para la negociación de los descuelgues en empresas carentes de representación: ni cabría una alternativa menos gravosa, ni en su caso supondría un sacrificio excesivo del derecho a la libertad sindical, resultando proporcionada en sentido estricto<sup>814</sup>. En esta línea, el propio Tribunal Constitucional permite la modulación de un determinado derecho siempre y cuando sea reconducible a la protección de un valor o un bien constitucionalmente garantizado<sup>815</sup>. Y en este sentido, no cabe duda que la defensa de la productividad, a la que se refiere el

---

<sup>811</sup> F.J. 3º in fine STC 118/1983, de 13 de diciembre, RTC 1983\118: *“No resulta posible es afirmar, sin otras precisiones adicionales, que toda infracción del artículo 37.1 de la CE lo es también del artículo 28.1, de forma que aquélla fuera siempre objeto del amparo constitucional, pues ello supone desconocer tanto el significado estricto de este último precepto como la posición del primero ajena a los derechos y libertades que conforme a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal son susceptibles de amparo.”*

<sup>812</sup> Ver GARCÍA MURCIA, J.: *“De nuevo sobre la libertad sindical y su conexión con la negociación colectiva”*, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 4/2002 (Estudio), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2002, BIB 2002\149. Pág. 11: *“No toda limitación de la capacidad de actuación de un sindicato implica una vulneración de su libertad sindical, se produce tal lesión “cuando la reducción incida realmente en el derecho a la actividad sindical y tenga lugar de modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación”*, comentando STC 225/2001, de 26 de noviembre, RTC 2001 225

<sup>813</sup> Por analogía, nos referimos a criterio del Constitucional en su STC 332/1994 en relación al derecho de huelga: *“Ya en la STC 11/1981 se razonaba que el ejercicio del derecho de huelga podía quedar sometido en virtud de la Ley a procedimiento o a algún tipo de formalismos o formalidades porque el art. 53. CE permite que el legislador regule las «condiciones de ejercicio» de los derechos fundamentales, siendo preciso que tales procedimientos y formalismos no sean arbitrarios, tengan por objeto proteger bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que no sean tan rígidos o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio del deber”*

<sup>814</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 188/1995 de 18 diciembre, F.J. 5º, párr. 1º: *“Por lo demás, el Tribunal también ha afirmado que no toda reducción de las posibilidades de acción o de la capacidad de obrar de un sindicato puede calificarse de vulneración de la libertad sindical, sino que es preciso que esas eventuales restricciones sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley (SSTC 187/1987 [ RTC 1987\187 ], 235/1988 [ RTC 1988\235 ], 30/1992 [ RTC 1992\30 ] y 164/1993 [ RTC 1993\164 ]).”*

<sup>815</sup> Por todas en sus Sentencias número 28/1999, RTC 1999\28, y número 20 /1999, RTC 1999\201.

constituyente en el art. 38 CE, merece esta protección, más aún cuando corresponde a los poderes públicos, en cuanto principio rector de la política social y económica del art. 40.1 CE, la promoción de condiciones favorables para el progreso social y económico, de manera especial, realizando una política orientada al pleno empleo.

Por estas razones, nuestra conclusión lo es en el sentido del pleno ajuste constitucional de la previsión legal, al encontramos ante un mecanismo de representación legal de los trabajadores encuadrable como una forma de participación de los trabajadores en la empresa al mismo nivel que la representación prevista en los arts. 61 y siguientes del Título II del ET.

### **3.2.2.- La designación de la comisión de trabajadores *ad hoc* o sindical**

Existe cierto debate en la doctrina en el sentido de si resulta o no necesario proceder a la designación de la comisión en los supuestos de ausencia de representación legal, habiéndonos posicionado en el epígrafe 1.2 del presente Capítulo a favor de la opción de entender que nos encontramos ante una obligación de designación antes que ante una mera facultad de los trabajadores. Fundamentalmente por la obligación de buena fe inherente al procedimiento de descuelgue y porque, de entenderlo en sentido contrario, se dejaría en manos de los trabajadores inactivos la posibilidad de bloquear el procedimiento.

En consecuencia con este deber de nombramiento y constitución de la comisión, existe una obligación previa del empresario de informar a los trabajadores afectados por una futura medida de descuelgue para que procedan a la designación <sup>816</sup>. Máxime cuando en la mayor parte de los casos nos encontramos ante empresas de pequeña dimensión con una muy limitada capacidad de asesoramiento de los trabajadores, de nuevo la buena fe negocial así lo exigiría <sup>817</sup>.

---

<sup>816</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 99: no cabe otra opción que atribuir al empresario la facultad y al propio tiempo el deber legal de comunicar al conjunto de trabajadores la iniciación del procedimiento y la facultad legal que ostentan de decidir quién les va a representar. Plantea opción alternativa ante el silencio legal, comunicación pertinente a los sindicatos más representativos y representativos del sector para que fueran éstos quienes gestionasen el proceso sucesivo de notificación e información. Ahora bien, lo que sí habrá será un deber de diligencia para el empresario quien tendrá el deber legal de comunicar a los trabajadores la iniciación legal del procedimiento y la facultad legal que ostentan de decidir quién les va a representar. Para MELLA MÉNDEZ, L.: “Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 109/2011, 2º trimestre, pág. 33, resulta evidente la responsabilidad de informar a los trabajadores afectados de la intención de adoptar la MSDCT.

<sup>817</sup> El anterior art. 4.3 del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, preveía que : “3. En cualquiera de los casos contemplados en el apartado 2 de este artículo, la designación de la comisión deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. La empresa deberá comunicar a los trabajadores la posibilidad de esta designación a la apertura del período de consultas, si no lo hubiera hecho antes, indicando que la falta de designación no impedirá la continuación del procedimiento”. Se supone que esta previsión se sustituye en la norma con la nueva regulación en el art. 41.4 en la que se impone la comunicación fehaciente previa a los trabajadores o a sus representantes de la intención de iniciar el período de consultar al objeto de que constituyan la comisión negociadora.



A mayor abundamiento, sería incluso conveniente que en la comunicación expresamente se indicara por el empresario que la falta de designación no impediría la continuación del procedimiento o, más allá aún, que expresamente se informara a los trabajadores acerca las dos opciones de comisión que les confiere la norma, bien comisión de trabajadores, bien comisión sindical<sup>818</sup>.

En lo que se refiere a la forma de designación de la comisión, tampoco refiere el legislador en la norma instrucción alguna en este sentido. Ante el silencio legal, se entienden aplicables analógicamente las reglas en materias de asambleas previstas en los arts. 77 a 80 ET, a pesar de la paradoja de que, en sentido estricto, no se podría convocar una asamblea al efecto puesto que la misma debería estar presidida por los representantes legales, inexistentes la empresa<sup>819</sup>. En todo caso, formalidades al margen, para otorgar a la comisión la necesaria legitimidad, resulta decisivo que se respeten las reglas de legalidad democrática a través del

---

<sup>818</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 106/2012, de fecha 28 de septiembre de 2012, en recurso 152/2012, Ponente San Martín Mazzucconi

<sup>819</sup> Para CRUZ VILLALÓN, J.: "La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010", *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010,,pág. 99, se da una paradoja pues no se puede designar en asamblea dado que, según el art. 77 ET, la asamblea debe ser presidida en todo caso por los RLTs Por tanto, en el proceso de designación deberá darse por válida cualquier expresión mayoritaria de voluntad al respecto siempre que se respeten las mínimas garantías de seguridad jurídica y expresión de libre consentimiento individual. MELLA MÉNDEZ , L.: "Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés", *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 109/2011, 2º trimestre, pág 33 y 35: la toma de decisión debe hacerse por medios democráticos: la norma evita, expresamente, el calificativo de "asamblea" para la citada reunión pues ésta debe ser siempre presidida por los RLTs (art. 77 ET) aquí inexistentes. "Ello implica el respeto a los principios de participación, igualdad y acatamiento de la voluntad mayoritaria". Para GONZÁLEZ DE LENA, F.: "La negociación colectiva en la reforma de 2010: Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio", *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 215, al referirse al término "democráticamente" se debería acudir a las reglas del art. 80 ET. ALFONSO MELLADO, C.L.: "Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna", en VV.AA. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 114 debería ser en asamblea conforme a previsiones arts. 77 a 80 ET, pero ni parece que esta fórmula sea obligatoria ni en algún caso será posible por premura de tiempo: conclusión cualquier sistema que permita acreditar que existe una voluntad mayoritaria no siendo exigible unanimidad. MERCADER UGUINA, J.R.: "Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010" en VV.AA., *La reforma del mercado de trabajo*, Dirección GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J), Ed. Lex Nova, Valladolid 2010 pág. 199, señala que en ausencia de esas reglas la elección democrática de esos miembros debería basarse en los principios de participación, igualdad y principio mayoritario. LORENTE RIVAS, A.: "Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", en AA.VV. *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág. 223, serán los trabajadores los que decidirán en reunión convocada al efecto, siendo de aplicación a la convocatoria de ésta y sucesivas reuniones lo previsto en los arts. 77 a 81 ET sobre el derecho de reunión, su convocatoria y toma de decisiones. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Cláusulas de descuelgue empresarial", *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág 245, en cuanto sea posible, conforme a las previsiones de los arts. 77 a 80 ET

voto personal, libre, directo y secreto de cada uno de los trabajadores afectados en los términos del art. 80 ET<sup>820</sup>.

Por último, en relación con la posibilidad de designar como integrantes de la comisión sindical a representantes que no ostentaran la condición de trabajadores de la empresa, en principio no habría motivo para oponerse a esta opción<sup>821</sup>. En este sentido, la redacción legal da pie a defender esta interpretación pues, mientras que en el caso de la comisión *ad hoc* la norma expresamente refiere que sus integrantes deberán ser trabajadores de la propia empresa, en el supuesto de la comisión sindical se estipula que sus miembros deberán ser designados por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio sin más precisión. Por otra parte, tratándose de empresas de pequeña y mediana dimensión, no parece muy cuestionable que ésta sería la mejor opción para los trabajadores afectados, máxime cuando de modo poco comprensible carecen de las garantías y prerrogativas de los representantes unitarios y sindicales.

En todo caso, en materia de designación de las comisiones *ad hoc*, nada impide para que el convenio colectivo incida en determinadas cuestiones de desarrollo de la norma legal. Por ejemplo, en lo referente a forma de designación o, por ejemplo, en lo relativo a la extensión de las garantías del art. 68 ET para sus miembros<sup>822</sup>. De hecho, lo recomendable sería que los propios convenios regularan el procedimiento a seguir<sup>823</sup>.

### *3.3.- La Interlocución en procedimientos de descuelgue con afectación a trabajadores de más de un centro de trabajo: las comisiones “híbridas” de negociación*

Más allá de la preferencia legal en la negociación a favor del canal sindical o de la posible interlocución a través de las comisiones de trabajadores o sindicales *ad hoc*, la negociación en

---

<sup>820</sup> Para LAHERA FORTEZA, J.: “El descuelgue salarial” en AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL-RRÉ, F.): *La reforma laboral de 2010*, Ed. Reus, 2011, en las comisiones *ad hoc* la democracia directa suple la ausencia de elecciones sindicales y otorga legitimidad a la comisión: las garantías democráticas deben integrar a su juicio la participación de toda la plantilla en la votación, la libre voluntad de los electores, siendo exigible un voto secreto, y el respeto a la decisión mayoritaria.

<sup>821</sup> En este sentido LORENTE RIVAS, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág. 224, o GONZÁLEZ DE LENA, F.: “La negociación colectiva en la reforma de 2010: Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 216, quien entiende que deciden los sindicatos quienes formarían parte de la misma, pudiendo ser trabajadores de la propia empresa.

<sup>822</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo”, Ponencia a la XXVII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, Madrid, 10 de diciembre de 2014, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, p. 41.

<sup>823</sup> SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva”, en *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, RAMOS QUINTANA, M<sup>a</sup>. I. (Dir.), GRAU PINEDA M<sup>a</sup>. (Coord.), Editorial Bonarzo, Albacete, 1<sup>a</sup> Edición, Diciembre 2013, p. 115.

el período de consultas se va a complicar en el supuesto de que la inaplicación afectara a trabajadores de la empresa en más de un centro de trabajo.

A grandes rasgos, el esquema legal de la negociación va a ser el siguiente en función de que nos encontremos ante una negociación en la que se afecte a trabajadores de uno o de varios centros de trabajo de la empresa.

Si el procedimiento afectara a un único centro de trabajo, ningún problema en este sentido. De existir representantes legales de los trabajadores la interlocución en el período de consultas correspondería a los comités de empresa o delegados de personal de ese centro de trabajo, si bien se establece en la norma una interlocución preferente en favor del canal sindical siempre que las secciones sindicales así lo acordaran y siempre que éstas contaran con la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados por el descuelgue. En el supuesto de no existir representación legal de los trabajadores en el centro de trabajo, la norma habilitaría como ya sabemos para la interlocución a las denominadas comisiones sindicales y de trabajadores designados *ad hoc*<sup>824</sup>.

Si el procedimiento de inaplicación afectara a más de un centro de trabajo de la empresa, la cuestión ya se complica algo en la norma, pero siempre partiendo de la premisa que hemos ya analizado en el sentido de que la comisión negociadora queda circunscrita a los centros afectados por el procedimiento de inaplicación, art. 41.4 párr. 1º ET.

En primer término, la interlocución correspondería a las secciones sindicales, siempre que éstas así lo decidieran y siempre que ostentaran la mayoría en los órganos unitarios de los centros de trabajo afectados por el descuelgue.

En su defecto, al comité intercentros, siempre que éste órgano tuviera atribuida esa función en el convenio colectivo que hubiera acordado su creación. El problema, como hemos apuntado, es el de si ése comité va a tener la mayoría de la representación en los centros de trabajo afectados, lo que nos lleva a entender que esta previsión no es del todo correcta sin mayor precisión.

En todo caso, en defecto del comité intercentros, la norma habilita para la negociación a la que denomina como “*comisión representativa*”, comisión que se constituiría de acuerdo con determinadas reglas en función de que todos los centros de trabajo afectados, sólo algunos de ellos, o ninguno, contaran con representantes legales de los trabajadores entendidos éstos como representantes unitarios.

Si todos los centros de trabajo afectados contaran con representantes legales de los trabajadores, la *comisión representativa* estaría integrada por ellos.

Si sólo algunos de los centros de trabajo contaran con representantes legales, se establece una doble opción en la norma. Bien constituir lo que se denomina en la doctrina judicial como *comisión “híbrida”* de negociación, integrada por los representantes legales de los centros que los tuvieran y por comisiones sindicales o *ad hoc* de los centros que no contaran con aquéllos.

---

<sup>824</sup> Introducidas por vez primera en el Real Decreto Ley 10/2010 las sindicales y en la Ley 35/2010 ambas, comisión sindical y *ad hoc*.

Bien constituir esa comisión representativa pero integrada sólo por representantes legales de los centros de trabajo que la tuvieran, con la delegación de los trabajadores de los centros de trabajo que no tuvieran representación en el supuesto de que los trabajadores de estos no hubieran optado por designar a las comisiones sindicales o *ad hoc*. Con la importante matización de que, en ambos casos, la composición lo sería en proporción al número de trabajadores que representen cada uno en sus centros de trabajo.

Por último, si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento contara con representantes legales, la comisión representativa estaría integrada por los elegidos en las comisiones de trabajadores y sindicales *ad hoc*, de nuevo con la advertencia en la norma de guardar la proporción al número de trabajadores que representaran.

Y en todos los posibles escenarios, si el número inicial de representantes fuese superior a trece aplicando las reglas anteriores, se elegirían por y entre ellos a un máximo de trece miembros en la comisión negociadora, pero de nuevo guardando la preceptiva proporcionalidad al número de trabajadores que representaran.

Así las cosas, lo que con la actual redacción legal puede resultar hasta cierto punto sencillo no lo era tanto hasta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, máxime tras restrictivo criterio con respecto a la posibilidad de constitución de comisiones “híbridas” de negociación a resultas de determinada doctrina judicial<sup>825</sup> recientemente revisada en este punto por la jurisprudencia del Supremo<sup>826</sup>.

De este modo, hasta la reforma de agosto de 2013 la negociación en el supuesto de existir varios centros de trabajo era ciertamente compleja en las empresas denominadas “multiformes”. En este contexto, se impuso el criterio de la imposibilidad de negociación “parcelada” al entender esta doctrina judicial que la regulación contenida en los arts. 6.2 y 28.2 del Real Decreto 1483/2012 contravenía lo estipulado en el art. 51.2 ET en relación con la Directiva 1998/59/CE, al no prevenir estos últimos la negociación parcelada por centros de trabajo.

En esta línea interpretativa, resultando imperativa la negociación global a nivel de la empresa, *“los únicos legitimados para la negociación serían en todo caso los representantes legales de los trabajadores en nombre de todos los trabajadores fuera cual fuera su implantación en los centros de trabajo afectados”*<sup>827</sup>, entendiendo por representantes legales tanto los unitarios

---

<sup>825</sup> Por todas, las Sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 25 de julio de 2012, en procedimiento 109/2012 y Sentencia de la misma Sala de fecha 16 de noviembre de 2012, procedimiento 250/2012.

<sup>826</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 1 de abril de 2014, en recurso de casación 95/2013, Ponente Milagros Calvo Ibarluce, que casa y anula la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 18 de junio de 2012, y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 24 de octubre de 2014, Ponente Jesús Souto Prieto, en recurso 33/2014, que igualmente casa y anula la Sentencia de la Sala de lo Social de fecha 31 de mayo de 2013.

<sup>827</sup> Exponente de esta línea la Sentencia de la Audiencia Nacional número 184/2013, en recurso 327/2013, Ponente Ricardo Bodas, de fecha 22 de octubre de 2013, F.J. 6º: *“La Sala ya ha defendido, por todas SAN 21-11-2012, proced. 167/2012 que en las empresas con representantes de los trabajadores*

como los sindicales en función de su elección. Según este criterio, existiendo representantes de los trabajadores en alguno de los centros de trabajo, estos serían los únicos que ostentarían la legitimación para la negociación <sup>828</sup>.

El argumento resultaba a nuestro juicio enormemente controvertido <sup>829</sup>. Repárese, por ejemplo, en la posibilidad de una negociación de descuelgue articulada a través de una única representación legal de centro de trabajo pero que obligara a la totalidad de trabajadores de la plantilla en una empresa con mayoría de centros de trabajo sin representación legal. Desde luego el déficit de legitimación parecería evidente, no resultando esta lectura a nuestro juicio acorde con un sistema de representación que pivota en la jurisprudencia del Supremo sobre el centro de trabajo como unidad electoral básica. A *sensu contrario*, la doctrina judicial niega legitimidad negocial en convenios de empresa negociados únicamente con representaciones de centro de trabajo <sup>830</sup>.

Y era como decimos controvertido hasta el punto de que la propia doctrina judicial, consciente sin duda de las limitaciones de su interpretación, va a convalidar en la práctica la constitución de las denominadas “comisiones híbridas” de negociación en las situaciones de empresas con pluralidad de centros de trabajo, supuestos en los que la solución propuesta de exclusiva negociación por los representantes legales existentes no resolvía la problemática caso de existir más centros de trabajo sin representantes de los trabajadores que centros de trabajo con representación. No obstante, dos eran los requisitos exigidos para la negociación a través de comisiones híbridas, el primero, que así se hubiera acordado expresamente, el segundo, que se guardara la adecuada ponderación en el voto <sup>831</sup>, habiéndose consolidado esta exigencia tanto en la doctrina científica <sup>832</sup> como en la judicial <sup>833</sup>.

---

***fuere cual fuere su implantación en los centros afectados, los representantes de los trabajadores están legitimados para negociar en nombre de todos, porque así lo dispone la norma.*** Como anticipamos más arriba, la negociación con comisiones elegidas en cada centro se apoya en el art. 6.2 RD 1483/2012, en relación con el art. 28.2 del Reglamento, que contempla aquellos supuestos en los que la comisión negociadora esté integrada por representantes de varios centros de trabajo, en cuyo caso otorga la atribución de la mayoría conforme lo decida la propia comisión negociadora. - Dicha alternativa constituye *ultra vires*, porque no encuentra acomodo en el art. 51.2 ET y plantea múltiples problemas, que se listan a continuación...” (Negrita del que suscribe)

<sup>828</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 142/2012 de 21 de noviembre de 2012, proceso en primera instancia núm. 167/2012, Ponente Ricardo Bodas.

<sup>829</sup> Ilustrativa en este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional número 169/2013, de 25 de septiembre, en recurso 313/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana García, en la que pese a haberse negociado determinada medida colectiva en una empresa “multiforme” por un solo comité de centro de trabajo al existir sólo esa representación, se desestima la impugnación por el motivo de carencia de representación al no haberse acreditado suficientemente la existencia en los restantes centros de trabajo.

<sup>830</sup> SAN nº 168/2013, de 25 de septiembre de 2012, en recurso 233/2013, Ponente Fernández Lomana, o nº 199/2013, de 13 de noviembre de 2013, en recurso 424/2013, o la número 14/2014, de fecha 29 de enero de 2014, en recurso 432/2013, las dos últimas Ponente Ricardo Bodas Martín.

<sup>831</sup> SAN número 78/2013, de fecha 22 de abril de 2013, en procedimiento núm. 73/2013, Ponente Manuel Poves Rojas, F.J. 3º: “Así pues, probado que en la empresa demandada no hay secciones sindicales de empresa, el período de consultas pudo acometerse legítimamente por los representantes de los trabajadores de los centros mencionados en el hecho probado segundo, porque lo permite tanto el

En esta lectura de protagonismo casi absoluto de los representantes legales existentes como únicos interlocutores válidos, aún sin la necesaria conexión entre el ámbito de afectación de la medida y el ámbito de representación, se admitían incluso comisiones híbridas en las que se hubiera acreditado una incorrecta ponderación del voto siempre que los representantes legales de los trabajadores hubieran estado presentes en el acuerdo pues, en esta lectura, las comisiones híbridas de negociación tan solo se entendían como un refuerzo en la legitimación, no más <sup>834</sup>.

La inseguridad jurídica tras estos pronunciamientos judiciales era manifiesta, anulándose negociaciones efectuadas con parcelación por centro de trabajo con perfecto amparo reglamentario, o concluyéndose la imposibilidad de constitución de comisiones híbridas compuestas por secciones sindicales y representantes legales y/o representantes *ad hoc* al

---

*art. 51.2 ET, como el art. 26.1 del Reglamento, como hemos defendido en SAN 21-11-2012, proced. 167/2012, aunque esa alternativa legal y reglamentaria no resuelve razonablemente los problemas de representación en empresas en las que, como sucede en CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA, hay muchos más centros de trabajo sin representantes de los trabajadores, que centros con representantes unitarios, por cuanto los representantes, elegidos en algunos centros, tienen que tomar decisiones muy relevantes respecto a trabajadores que no les han elegido, lo cual dificultará alcanzar consensos eficientes. Por ello, hemos admitido en resoluciones precedentes, aunque dicha opción no se contempla ni en el art. 51ET, ni en el art. 26 del Reglamento, por todas SAN 28-09-2012, la conformación de comisiones híbridas, compuestas por los representantes de los trabajadores y por representantes elegidos ad hoc, siempre que dicha alternativa sea negociada y se asegure la ponderación de voto para garantizar que se cumple con la exigencia, contenida en el art. 28.1 del Reglamento, según la cual los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados."*

<sup>832</sup> GARCÍA VIÑA, J.: "Los sujetos titulares de las consultas. Legitimación negocial", Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 21, establece lo siguiente "Así, se ha admitido la constitución de comisiones híbridas, formadas por representantes legales de los trabajadores y comisiones *ad hoc*, elegidas en cada centro de trabajo sin representantes legales, siempre que la composición de la comisión se haya pactado previamente entre las partes y los representantes dispongan de un voto ponderado al número de trabajadores, que representan efectivamente, puesto que dicha fórmula asegura que la interlocución social es representativa y sus acuerdos fiables y garantiza, en todo caso, que los acuerdos, respaldados por la mayoría, se alcanzan democráticamente y con la eficacia necesaria."

<sup>833</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 154/2013, de fecha 30 de julio de 2013, en recurso: 212/2013, Ponente San Martín Mazzucconi, F.J. 5º: "...Esta Sala ha admitido en reiteradas ocasiones (por todas SAN 22-4-13, proc. 73/2013), en aras de una mayor representatividad de los trabajadores afectados, la posibilidad de conformar "comisiones híbridas, compuestas por los representantes de los trabajadores y por representantes elegidos *ad hoc*, siempre que dicha alternativa sea negociada y se asegure la ponderación de voto para garantizar que se cumple con la exigencia, contenida en el art. 28.1 del Reglamento, según la cual los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados"... "Finalmente, recordemos que en las comisiones híbridas es **inexorable una adecuada ponderación del voto**, para garantizar que el eventual acuerdo final cuenta con la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que a su vez representan a la mayoría de los trabajadores de los centros de trabajo afectados ( art. 28.1 RD 1483/2012 )"'

<sup>834</sup> F.J. 5º de la SAN número 150/2013, de fecha 24 de julio, en recurso 144/2013, Ponente Ricardo Bodas.

entender esta restrictiva doctrina judicial que la legitimidad del voto de las secciones sindicales dependía de su representatividad en la empresa y no podía dividirse entre sus miembros, que estarían obligados a votar en bloque por cuanto no les correspondería una parte de la representatividad global de la sección sindical <sup>835</sup>. Criterio por cierto éste último superado por el Supremo en reciente resolución <sup>836</sup>.

En este contexto, la nueva redacción del art. 41.4 ET tras promulgación del Real Decreto Ley 11/2013 pone fin a la situación de incertidumbre al ampararse expresamente en la norma la posibilidad de constitución de comisiones negociadoras representativas “híbridas” y vincularse la negociación con los centros de trabajo afectados por la medida <sup>837</sup>.

El esquema legal en este punto por tanto, resulta mucho más clarificador tras la modificación legal del 2013, regulación confirmada tras convalidación de la norma de urgencia mediante Ley 1/2014 <sup>838</sup>.

Este todo caso, reciente jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo anula determinadas resoluciones judiciales que habían venido declarando la nulidad de procedimientos por incorrecta confirmación de la comisión negociadora en supuestos de empresas multiformes con pluralidad de centros de trabajo con representación unitaria sólo en algunos de ellos, resoluciones dictadas en procedimientos de modificaciones sustanciales colectivas pero plenamente aplicables a los supuestos que nos ocupan <sup>839</sup>.

Así, en la primera de las resoluciones referidas, el Tribunal Supremo, partiendo de que no nos encontramos ante la negociación de un convenio, y pese a las dudas que pudieran derivarse de la redacción del art. 41.4 ET antes de la reforma efectuada por el Real Decreto Ley 11/2013,

---

<sup>835</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 198/2013, de 11 de noviembre de 2013, en recurso 288/2013, Ponente María del Carmen Prieto *Fernández*, que sigue criterio de la de la misma Sala de fecha 18 de junio de 2012, en procedimiento 80/2012.

<sup>836</sup> Tribunal Supremo, Sentencia de 1 de abril de 2014, en recurso de casación 95/2013 que ampara la negociación mixta representación unitaria y sindical.

<sup>837</sup> Ciertamente es que a la vista de la enorme problemática en relación con la constitución de las comisiones negociadoras en los períodos de consulta, se habían venido convalidando negociaciones en principio no articuladas correctamente desde una perspectiva formal siempre que hubiera existido consenso entre ambas partes y siempre que no se hubiera puesto en duda la constitución en el propio período de consultas, bien ejemplo de ello la SAN 226/2013, de fecha 12 de diciembre de 2013, en recurso 150/2013, Ponente Ricardo Bodas, en la que se convalidó una negociación parcelada en tres bloques cada uno agrupando una serie de centros de trabajo por criterios fundamentalmente geográficos.

<sup>838</sup> Art. 9 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, BOE de 1 de marzo de 2014, entrada en vigor al día siguiente de su publicación.

<sup>839</sup> Hasta la fecha, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 1 de abril de 2014, en recurso de casación 95/2013, Ponente Milagros Calvo Ibarluce, que casa y anula la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 18 de junio de 2012, declarando ajustada a derecho la medida consistente en supresión del sistema de variables de determinada empresa anulado por esta última, y la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 24 de octubre de 2014, Ponente Jesús Souto Prieto, en recurso 33/2014, que igualmente casa y anula la Sentencia de la Sala de lo Social de fecha 31 de mayo de 2013 que, en un exceso de jurisdicción *extra petita*, había anulado determinada modificación sustancial de condiciones de trabajo consistente en supresión de comisiones sobre ventas, declarando el Supremo no obstante la conformidad en la constitución de la comisión negociadora representativa.

resalta que ni antes ni después de la redacción de agosto de 2013 se encontraba proscrita en la norma la posibilidad constitución de las comisiones híbridas, señalando incluso cómo la nueva redacción de la norma debe servir de aplicación para orientar la interpretación del precepto en su redacción anterior, a tenor de cómo el legislador ha resuelto la cuestión <sup>840</sup>. A mayor abundamiento, y contraviniendo expresamente el criterio de la sentencia de instancia, se confirma igualmente la validez de una comisión representativa mixta integrada por representación unitaria y sindical.

En la segunda resolución, y una vez resuelta la incongruencia *extra petita* de la sentencia de instancia al haber dictaminado la nulidad del procedimiento con base en una incorrecta constitución de la comisión negociadora representativa cuando ni siquiera esa cuestión se había alegado por los recurrentes en conflicto colectivo <sup>841</sup>, nuevamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo vuelve a incidir en el criterio interpretativo a favor de la posibilidad de constitución de comisiones híbridas antes y después de la reforma de agosto de 2013, remarcando de nuevo la necesidad de efectuar una lectura de la norma en relación con la reforma efectuada a partir de agosto de 2013, e incidiendo igualmente en la menor rigurosidad en el cumplimiento de los requisitos procedimentales en aquéllos supuestos en los que el período de consultas hubiera finalizado con acuerdo, situación esta última a la que nos hemos referido líneas arriba.

#### 4.- EL PERÍODO DE CONSULTAS EN LOS DESCUELQUES DE CONVENIO

##### 4.1. La naturaleza jurídica del período de consultas como producto de negociación colectiva

La posibilidad excepcional de inaplicar temporalmente condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo reside en principio en la necesidad de alcanzar un acuerdo, acuerdo que en una primera fase preceptiva del procedimiento tratará de conseguirse en el denominado “período de consultas”.

No obstante, pese a la nomenclatura utilizada en la norma, el período de consultas es mucho más que el mero intercambio de opiniones y apertura de un diálogo <sup>842</sup>, configurándose como un verdadero supuesto de negociación colectiva instrumentado hacia la consecución del

---

<sup>840</sup> F. J. 3º de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 1 de abril de 2014, en recurso de casación 95/2013, Ponente Milagros Calvo Ibarluce: *“La sentencia ha negado la capacidad de intervención a las secciones sindicales presentes durante el periodo de consultas afirmando que no consta que las mismas reunieran los requisitos impuestos por el precepto, tampoco considera aceptable que la comisión así constituida tuviera validez debido al carácter híbrido de la misma. Respecto a esto último, debe puntualizarse que no nos hallamos ante la negociación de un convenio y que la regulación del artículo 41 -4º citado, habida cuenta de las dudas que suscita la redacción vigente al tiempo de los hechos no impide la formación de comisiones híbridas y menos aún lo hace a raíz de la reforma introducida por el Real Decreto ley 11 /2013 de 2 de agosto que si bien no es de aplicación permite orientar una interpretación a la vista de como el legislador ha resuelto , en parte , algunas de las cuestiones que la anterior formulación del precepto llevaba a plantear, como se ve a continuación.”* (Negrita del que suscribe)

<sup>841</sup> Ver F. J. 3º de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 24 de octubre de 2014, Ponente Jesús Souto Prieto, en recurso 33/2014, que igualmente casa y anula la Sentencia de la Sala de lo Social de fecha 31 de mayo de 2013.

<sup>842</sup> En estos términos se define la consulta en el art. 64.1 párr. 2º del ET.



preceptivo acuerdo<sup>843</sup>. Y en este sentido, no es que se quiera fomentar de manera aislada una manifestación concreta de negociación colectiva, “es que el legislador dirige su atención a potenciar el papel de la misma y a impulsar un posible acuerdo”<sup>844</sup>

De esta forma, la negociación que se lleva a cabo en este período se aparta de la concepción tradicional de la consulta “ordinaria” o “simple”, en la que el empresario se limita a escuchar la opinión de los representantes pero sin que ésta sea vinculante<sup>845</sup>. Igualmente se diferencia de la calificada como “consulta preventiva”, aquella en la que los representantes influyen en la decisión a adoptar de manera más intensa que en la consulta simple mediante una negociación de los propios términos y alcance de la decisión que el empresario pretende adoptar<sup>846</sup>. Incluso por mucho que se entienda la consulta preventiva como un supuesto híbrido de consulta y negociación<sup>847</sup>.

La diferencia resulta evidente. Mientras que en despidos colectivos, suspensiones de contratos y reducciones de jornadas por causas empresariales, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo o traslados colectivos, el transcurso del período de negociación sin acuerdo devuelve al empresario la facultad para adoptar por sí mismo la

---

<sup>843</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 19 y 20, “Multitud de aspectos de la regulación legal de esta institución se enmarcan en esta visión de la inaplicación como negociación: la identidad de las partes del proceso, la iniciativa de ésta, teóricamente posible para cada una de éstas, la eficacia y aplicación del acuerdo o producto que lo sustituya...”

<sup>844</sup> BLASCO PELLICER, A, Epígrafe V.- Políticas de crisis de empresa al Capítulo “Políticas sociolaborales en torno al contrato de trabajo”, en AA.VV. *Políticas Sociolaborales*, CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup>. B. y CABEZA PEREIRO, J., p. 241.

<sup>845</sup> Por mucho que tal opinión pueda tener una efectiva incidencia sobre la decisión empresarial, siendo seguramente de hecho ésta la justificación principal de la consulta, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimosegunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 2013, p. 323 y ss

<sup>846</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimosegunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 2013, p. 323 y ss. Al referirse a la consulta preventiva señalan lo siguiente: “El propósito de esta modalidad especial de consulta es facilitar la puesta en práctica de determinadas decisiones empresariales que en principio afectan negativamente a unos u otros trabajadores de la empresa, mediante la amortiguación o compensación del coste de las mismas. El período de consultas es, en realidad, un período de negociación; pero el término consulta se utiliza con propiedad, en cuanto que el transcurso sin acuerdo del período de negociación devuelve al empresario la facultad para adoptar por sí la decisión sometida a consulta preventiva”

<sup>847</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimosegunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 2013, p. 354 y 355: “El ingrediente de consulta radica en que en este método de adopción de decisiones los representantes de los trabajadores no pueden impedir por sí la puesta en práctica de la decisión consultada, sino sólo disentir de ella, haciendo valer el disenso por los medios legales a su alcance. El ingrediente de la negociación se encuentra en la atribución de efectos jurídicos de prevención de conflictos o litigios a las decisiones que hayan obtenido la aceptación de los representantes de los trabajadores, la cual, lógicamente, puede condicionarse a la reforma en mayor o menor medida de la decisión consultada. Esta capacidad de reforma o condicionamiento es el rasgo diferencial de la consulta preventiva; en ella el interés de la parte empresarial en atender a las propuestas de los representantes de los trabajadores no es solamente una cuestión que afecta al clima de las relaciones laborales en la empresa, sino que tiene también trascendencia jurídica en la puesta en práctica de la decisión adoptada, permitiendo que se lleve a cabo de forma más rápida y segura”

decisión sometida a consulta preventiva <sup>848</sup>, en el supuesto del descuelgue de convenio colectivo, el transcurso del período de consultas sin acuerdo no abre la vía al empresario para imponer unilateralmente las nuevas condiciones de trabajo en contra de lo pactado en el convenio colectivo, al escapar la decisión al poner unilateral del empleador <sup>849</sup>. En este sentido, no es posible confundir unidireccionalidad en la propuesta de la medida con unilateralidad de la empresa en la toma de la decisión.

Nos encontramos ante una expresión de la autonomía colectiva negocial en la que se sustituye un poder colectivo por otro de idéntica naturaleza, no ante un instrumento de gestión empresarial <sup>850</sup>. La norma regula la opción negociada de formalizar un pacto colectivo que otorga mayor eficacia y promoción de la autonomía colectiva a todos los niveles <sup>851</sup>, al tratarse de un mecanismo de disponibilidad del convenio pero, en todo caso, desde la propia autonomía negocial <sup>852</sup>. El matiz es importante pues es la Ley la que habilita el proceso negociador en este nivel <sup>853</sup>.

---

<sup>848</sup> FALGUERA BARÓ, M.A.: “El acuerdo en el período de consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 23: el necesario trámite del período de consultas en los supuestos de los arts. 40, 41, 47 ó 51 ET constituiría tan solo un ejercicio condicionado del “ius variandi” empresarial, pues para el autor “esos pactos de remodelación o extinción de contrato de trabajo difícilmente pueden ser equiparados en su conformación básica con una auténtica negociación colectiva”, p. 23 ... “Aunque, como se ha dicho, el período de consultas entra de lleno en la figura constitucional de negociación colectiva, no ocurre lo mismo con la propia decisión empresarial que se inserta en el marco de la disposición, condicionada, de la voluntad del empresario.”, p. 24.

<sup>849</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 20: “La inaplicación escapa del poder unilateral del empleador. Con todo lo que se ha ampliado éste a lo largo de las últimas reformas, ésta es una última frontera que el legislador laboral no se ha atrevido a traspasar”

<sup>850</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 29

<sup>851</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, 1996, pág. 54; p. 43. No hay unilateralidad posible, no pudiendo identificarse en modo alguno la institución como un reforzamiento de los poderes empresariales, en el entendimiento de que no se está usando de la autonomía individual entre trabajador y empresario, si se prefiere, de la imposición de la voluntad de este segundo para satisfacer intereses que no han encontrado cabida en la negociación colectiva

<sup>852</sup> CASAS BAAMONDE, Mª E.: ¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?, *Relaciones Laborales*, 1997, T. I, págs. 31 a 41: “en realidad lo que el legislador reformador hizo fue ampliar la confusa categoría de los convenios colectivos -no ya extraestatutarios, porque la mayor parte de esos acuerdos están contemplados por el legislador estatutario-, sino celebrados al margen de las exigencias de contenido o procedimentales del Título III del ET” ... “Repárese, sin embargo, en que las restricciones que sobre la eficacia general de los convenios colectivos del Título III ET introdujo el legislador de 1994 se instrumentan, no a través del impulso de la negociación colectiva de eficacia limitada, sino a través de convenios colectivos o de acuerdos de igual eficacia general -exigiéndose incluso mayorías reforzadas-, con la diferencia de que éstos operan en ámbitos inferiores” ... “Conviene reiterar que los cambios advertidos tienen lugar dentro de los términos deliberadamente abiertos y dinámicos del art. 37.1 CE...”, p. 34. En sentido contrario, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª.F.: “El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral (I)”, *Actualidad Laboral* nº 6, 6-12 febrero 1995, lo entendía las figuras del anterior art. 41.2 3ª y 82.3 ET como un “claro retroceso en la hegemonía del convenio colectivo estatutario”.

<sup>853</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, pág. 265

Y ése pacto deberá alcanzarse en un *iter* procedimental, -el período de consultas-, que la doctrina judicial califica como de negociación colectiva compleja, al encontrarse dividido a su vez en dos fases diferentes.

Una primera, de información, que exige al empleador proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines, y que habrá de versar necesariamente sobre las causas alegadas por el empresario, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas.

Una segunda, de negociación propiamente dicha, que consistirá en un intercambio de opiniones y en la apertura de un diálogo entre el empresario y los representantes de los trabajadores sobre la propuesta empresarial y las alternativas que permitan evitarla, reducirla o atenuar sus consecuencias<sup>854</sup>.

En este contexto, la reforma laboral del 2012 ha reforzado y potenciado las consultas con la finalidad de llegar al preceptivo acuerdo en la negociación, manteniéndose los derechos de información y documentación y el deber de buena fe como elementos esenciales del proceso de negociación<sup>855</sup>.

No obstante, antes de entrar a analizar en concreto estas dos fases dentro del período de consultas, resolvemos dos cuestiones que se nos plantean en relación con determinadas obligaciones establecidas en la norma.

La primera, con respecto a la obligación impuesta a la dirección de la empresa de comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento, obligación que es posterior a la previa constitución de la comisión representativa de los trabajadores. De este modo, se plantea la duda de a quién debe dirigir el empresario esta comunicación del inicio del período de consultas, si a los trabajadores o a sus representantes, -como literalmente expresa la norma-, o a los miembros de la comisión negociadora que se debería haber ya constituido previamente, -como parece razonable interpretar en una lectura integradora de la norma-.

No parece clara la respuesta, existiendo argumentos para hacer extensible la comunicación a ambos<sup>856</sup>. No obstante, en nuestra opinión, conformada la comisión representativa, carece de

---

<sup>854</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional nº 140/2013, de fecha 4 de julio de 2013, en procedimiento 169/2013, Ponente Ricardo Bodas Martín, F.J. 7º.

<sup>855</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: "La negociación colectiva", en MONTROYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 347 y 348.

<sup>856</sup> GOERLICH PESET, J.M.: "Desarrollo y contenido de las consultas", Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 6. *"Ello plantea la cuestión de si la comunicación ha de ser dirigida a quienes van a asumir la representación de los trabajadores en el concreto procedimiento de consultas que se inicia o si sus destinatarios son el conjunto de los representantes unitarios en la empresa. La lógica del sistema podría conducir a sostener la primera interpretación. Parece la más razonable después del modelo instaurado en la reforma de 2013. Aumenta la duración del procedimiento precisamente para determinar, antes de comenzar formalmente, quiénes representan a los trabajadores. Por tanto, habría que pensar que es esta representación de los trabajadores, constituida en interlocutor de la empresa, quien está llamada a recibir el escrito de iniciación y la información que lo acompañe. Sin*

lógica la comunicación a los representantes legales de centro. En contra, la previsión contenida en el art. 3.1 f) del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre en la que parece que se obliga a que la comunicación de inicio del período de consultas contenga, entre otros, este extremo.

En segundo lugar, también se plantean dudas en relación con la obligatoriedad o no de solicitar por parte de la empresa a la representación de los trabajadores la emisión del informe previo a que se refiere el art. 64.5 a) y b) ET en los supuestos de despidos colectivos.

En respuesta a esta cuestión, es ésta una obligación en principio prevista de manera expresa para los procedimientos de despidos colectivos y de suspensiones y reducciones de jornada de ex art. 3.3 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, no deduciéndose de manera directa para los supuestos de los descuelgues, ni siquiera por la referencia del art. 20 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre. Por lo tanto, sólo será exigible en la medida que se entienda aplicable de manera indirecta el Reglamento de los despidos colectivos en esta materia.

En todo caso, existiendo un “*campo de intersección*” entre esta competencia de información y las consultas previas del procedimiento<sup>857</sup>, su única posible explicación sería la de la función preventiva en el supuesto de existir varios centros de trabajo<sup>858</sup>. No obstante, la previsión carece de lógica tras la obligatoriedad de constitución de la comisión negociadora representativa con carácter previo tras promulgación del Real Decreto Ley 11/2013. En todo caso, en cuanto a los efectos de la omisión del informe<sup>859</sup>, en modo alguno su omisión tiene relevancia sobre la validez del posterior procedimiento<sup>860</sup>.

---

*embargo, no es seguro que uno y otra no debe ser dirigidos, además, a los representantes legales de los trabajadores. Recuérdese en este sentido que, entre las competencias de los representantes unitarios de los trabajadores, está la de emitir informe previo en los supuestos listados en el art. 64.5 ET, cuya conexión con las vicisitudes que estamos considerando es evidente en muchos casos (cfr. letras a), b), c] y f)). Esta regla obligaría a extender la comunicación inicial también a los representantes legales.”*

<sup>857</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 16: “*Si los representantes unitarios eran los protagonistas de las consultas, no se acaba de ver el sentido de establecer una obligación empresarial de recabar un informe sobre una medida de reestructuración que ha de ser objeto de consultas, en las que la posición de la representación de los trabajadores quedará convenientemente documentada*”

<sup>858</sup> BASCO PELLICER: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 109 y ss

<sup>859</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 17: “*Dado el flujo informativo de la empresa hacia los representantes que impone a la normativa aplicable así como el intercambio de pareceres que impone el desarrollo de las consultas -que ha de ser, además, suficientemente documentado-, parece razonable pensar que, en condiciones de normalidad, la falta de solicitud tiene una trascendencia meramente formal que, al límite, podrá ser considerada una irregularidad administrativa a los efectos oportunos (cfr. art. 7.7 LISOS)*”

<sup>860</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 4 de junio de 2013 en recurso 9/2013. No obstante, es cierto que en esta resolución la Sala acordó la nulidad de la medida al aplicarse al supuesto de hecho la obligatoriedad de emisión de informe previo, bajo sanción de nulidad, ex artículo 50 del Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de Guipúzcoa para 2010 -201, BOPV de 27 de enero de 2011.

Analizadas estas dos cuestiones formales previas, entramos en el análisis del período de consultas propiamente dicho.

#### **4.1.1.- Primera fase del período de consultas: los derechos de información y documentación**

No existe previsión alguna ni en el art. 82.3 ni en el art. 41.4 ET en lo que se refiere a las obligaciones de información y de entrega de documentación del empresario en el inicio del procedimiento.

Ante este silencio, determinado sector doctrinal propone la aplicación analógica de las normas reglamentarias previstas para los despidos colectivos y, en determinados apartados, de las reguladoras de la intervención decisoria ante la Comisión Consultiva<sup>861</sup>. No obstante, se trata de una remisión caracterizada por cierta cautela, pues incluso en el propio Reglamento por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos<sup>862</sup>, se afirma que se tomará como “*referencia*” para la acreditación de la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción la documentación que sea preceptiva en la comunicación de los despidos colectivos.

Más allá de la remisión al Reglamento de los despidos colectivos, resulta incuestionable que existe para el empleador un deber de proporcionar a los representantes legales de los trabajadores toda la “información pertinente”<sup>863</sup> para que el período de consultas pueda alcanzar su fines, entendida la información como la transmisión de datos por el empresario al órgano de representación a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen<sup>864</sup>.

Y en este sentido, se entiende que la información resulta pertinente cuando permite que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar que les permita formular propuestas constructivas en tiempo hábil<sup>865</sup>.

---

<sup>861</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 12. En estos términos, SEMPERE NAVARRO, A. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*. Claves prácticas, Francis y Taylor, Madrid, enero 2014, p. 90.

<sup>862</sup> Art. 20.h] del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre.

<sup>863</sup> A propósito de lo que deba entenderse como “Información pertinente”, para el Tribunal Supremo este concepto va más allá de la entrega de toda la documentación referida en el artículo 4 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 20 de noviembre de 2014, en recurso de casación 114/2014, Ponente María Luisa Segoviano Astaburuaga, F.J. 6º, al no tener esta relación carácter exhaustivo sino simplemente ejemplificativo.

<sup>864</sup> En el art. 64.1 párr. 2º ET.

<sup>865</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional nº 177/2013, recurso 261/2013, de 11 de octubre de 2013, F.J. 4º: “La obligación empresarial de proporcionar información pertinente a los representantes de los trabajadores se cumple, tal y como dispone el art. 64.1 ET, cuando se efectúa la transmisión de los datos necesarios para que la representación de los trabajadores tenga conocimiento preciso de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen, sin que los trabajadores puedan imponer la aportación de cualquier documentación, salvo que acrediten su relevancia para la negociación del período de consultas ( SAN 1-04-2013, proced. 17/2013 y 4-04-2013, proced. 63/2013 ). - Dicha información habrá de versar necesariamente sobre las causas, alegadas por el empresario, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas ( SAN 21-11-2012, proced. 167/2012 ). - Si no se hiciera así, si la información aportada no permitiera alcanzar razonablemente los fines perseguidos por el período de consultas, la

Parece claro por tanto que se impone un criterio de razonabilidad en las solicitudes de entrega de documentación *“que valore la finalidad perseguida por las obligaciones informativas y su carácter instrumental al correcto desarrollo de las consultas”*, exigiéndose en el momento inicial del período de consultas *“que la aportación sea completa –incluyendo todos los extremos previstos en las normas reglamentarias–, suficiente –en el sentido de que cada uno de ellos tenga las características o el contenido requerido– y puntual –esto es, producida en el momento legalmente previsto, el inicio del período de consultas”*<sup>866</sup>.

De esta forma, no es posible efectuar una lectura extensiva del art. 64 ET para imponer la entrega de cualquier documentación que fuera requerida por los representantes de los trabajadores, pues no es ésta una norma que faculte al comité para exigir de la empresa cualquier información que considere oportuna<sup>867</sup>. Los representantes de los trabajadores tienen derecho a la documentación *“que sea relevante”*, pero que no toda documentación presenta esta naturaleza, correspondiendo la carga de la prueba de la relevancia a quien la exija<sup>868</sup>.

---

*consecuencia sería la nulidad de la medida, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS ( STS 30-06-2011 ; 18-01-2012 y 23-04-2012 y SAN 7-12-2012, proced. 243/2012 y 19-12-2012, proced. 251/2012).”*

<sup>866</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 13.

<sup>867</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 136/2013, en recurso nº 202/2013, de 28 de junio de 2013, Ponente Carolina San Martín Mazzucconi, F.J. 4º: *“Como puede observarse, la información que solicita el comité de empresa no figura expresamente entre la recogida en este precepto, debiendo dilucidar si podría considerarse incluida en las referencias más genéricas contenidas en el apartado 1 (que indica que el comité tiene derecho a ser informado sobre las cuestiones que puedan afectar a los trabajadores), en el apartado 6 (que señala que el contenido de la información a suministrar debe ser apropiado para permitir a los representantes de los trabajadores proceder a su examen), y en el apartado 7 (que confiere al comité la competencia para ejercer una labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes, pactos, condiciones y usos de empresa en materia laboral, de Seguridad Social y de empleo). Consideramos que esta posibilidad debe ser descartada, teniendo en cuenta el carácter limitado que la jurisprudencia viene reconociendo a lo dispuesto en el art. 64 ET ...”*, refiriéndose de manera expresa a la STS de 20 de junio de 2012, recurso 176/2011, a la STS de 2 de noviembre de 1999, recurso 1387/1999, o de 28 de octubre de 2010, en recurso 167/2010.

<sup>868</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de mayo de 2013 en recurso 72/2012, Sala General, Ponente Jesús Gullón Rodríguez, F.J. 5º: *“Y nos referimos a la «trascendencia» de la documental, porque entendemos que a pesar de los claros términos en que se expresan los arts. 6.2 RD 801/11 y 4.2 RD 1483/12 [el empresario «deberá aportar»], así como del 124 LRJS [se «declarará nula la decisión extintiva» cuando «no se haya respetado lo previsto» en el art. 51.2 ET, conforme a la redacción del RD-Ley 3/2012; y cuando « el empresario no haya ... entregado la documentación prevista» en el art. 51.2 ET, de acuerdo con el texto proporcionado por la Ley 3/2012], de todas formas **la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem»**, y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse –razonablemente– aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET]; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo [art. 63.2 LRJ y PAC] e incluso en la normativa procesal [art. 207.c) LRJS]. En esta misma línea ya se movía la STS 20/03/13 [rco 81/12], cuando afirmaba que «... la principal finalidad del precepto [art. 6 RD 801/2011] es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las*

En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo adopta una postura menos rígida que la mostrada por algunos tribunales de suplicación en relación a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones documentales y al alcance del deber de negociar de buena fe <sup>869</sup>. Partiendo de la premisa de que la enumeración de los documentos en la norma reglamentaria no tiene el valor de *ad solemnitatem* <sup>870</sup>, el Alto Tribunal sienta el criterio de que no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en el Reglamento puede alcanzar la consecuencia de la nulidad, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada, pudiendo diferenciarse a estos efectos entre documentación “reglamentaria”, documentación adicional “pertinente” y documentación “trascendente” <sup>871</sup>.

En definitiva, se sienta el criterio del conocimiento cabal de la situación como vara de medida. El argumento lo es para el supuesto de los despidos colectivos, pero plenamente trasladable a los procedimientos de descuelgue.

En línea con esta interpretación, en los supuestos de incumplimiento empresarial de alguna de las formalidades exigidas, lo relevante será el cumplimiento de la finalidad pretendida. Es decir, que se garantice a los trabajadores a través de sus representantes los derechos de información que les permitan tener conocimiento adecuado de los términos de afectación de la medida en orden a estar en condiciones de discutir su justificación y proporcionalidad y a

---

*causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias...».”*

<sup>869</sup> PALOMO BALDA, E.: “111 sentencias en materia de despido colectivo (y 2 más): un balance provisional”, *Diario La Ley*, Boletín nº 8136, de 29 de julio de 2013, La Ley, grupo Wolters Kluwer, [diariolaley.es](http://diariolaley.es), p. 3 y 4

<sup>870</sup> Consecuentemente se sigue este criterio en la Sentencia de la Audiencia Nacional número 190/2013, recurso 284/2013, F.J. 4º: “Ahora bien, el requisito constitutivo, para que se active la nulidad del despido, prevista en el art. 124.11 LRJS, es que no se haya aportado la documentación exigida legal o reglamentariamente, lo que podría llevar a concluir que esa es la única documentación pertinente. - El Tribunal Supremo en la sentencia citada más arriba, ha subrayado que la documentación, prevista en la norma reglamentaria, no tiene valor “ad solemnitatem”, de manera que, la falta de aportación de algún documento exigido por el reglamento, no provocará necesariamente la nulidad del despido, provocándola únicamente la no aportación de documentos, que impidan que la negociación alcance sus fines. - La Sala comparte, como no podría ser de otro modo, el criterio del Alto Tribunal y defiende, por consiguiente, que deberán aportarse todos los documentos que permitan que el periodo de consultas alcance sus fines, lo cual supone que, si se cuestionan las cuentas de la empresa requeridas por el art. 4 RD 1483/2012, podrán reclamarse otros documentos, que permitan acreditar la falta de verosimilitud de las cuentas, pero dicho objetivo no se alcanza mediante una solicitud de documentación abrumadora e indiscriminada, sino que es preciso alegar en el periodo de consultas, por qué se solicitan otros documentos no contemplados por la ley o el reglamento, lo que obligará a la empresa, caso de considerar infundada la solicitud, a explicar las razones en las que se apoya”

<sup>871</sup> FOLGUERA CRESPO, J.A.: “¿Basta aportar en un ERE la documentación reglamentaria?”, *Diario la Ley*, nº 8528, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de abril de 2015, Editorial La Ley

proponer en su caso alternativas <sup>872</sup>. Doctrina judicial mayoritaria no obstante con llamativas excepciones <sup>873</sup>.

Por estos razonamientos, la finalidad del conocimiento cabal no se cumple si no se garantiza una información completa y plenamente fiable sobre los datos imprescindibles para la negociación, de ahí que la más reciente jurisprudencia del Supremo entienda contravenida la regla de la buena fe negocial declarando nulo el procedimiento de negociación en los supuestos en los que la empresa no garantice la suficiencia de la información <sup>874</sup>.

Y en este debate, nuevamente el acuerdo alcanzado durante la negociación del período de consultas se va a constituir en criterio de medida de la idoneidad de la documentación, confiriéndosele eficacia determinante a estos efectos <sup>875</sup>.

Por lo tanto, en conclusión, en los supuestos de inaplicación de condiciones de trabajo ex art. 82.3 ET, el cumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones de información y de entrega de documentación se entenderá debidamente cumplido cuando se haya permitido a los representantes de los trabajadores tener un conocimiento cabal de la situación, conocimiento que les permita afrontar en igualdad de condiciones la segunda fase del período, la de la negociación propiamente dicha.

---

<sup>872</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional nº 142/2013, en recurso 180/2013, de fecha 8 de julio de 2013, San Martín Mazzucconi, F.J. 4º: *“No se trata de una exigencia puramente formal sin contenido ni sentido, sino que pretende garantizar derechos de los trabajadores. Y es a esto último a lo que hay que atender al analizarla. Esta clase de análisis material de los requisitos formales, que despeja el mero formalismo para centrarse en las garantías a que el mismo se dirige, ha sido una constante en la Sala desde hace ya mucho tiempo, porque creemos que lo importante es que se cumpla la finalidad del período de consultas, para lo que el legislador apunta el camino eficiente. Aunque, obviamente, ha de transitarse por él porque conduce al horizonte pretendido, lo verdaderamente relevante no es tanto cómo se llega, sino llegar. Es decir que, si bien es obligado entregar todos y cada uno de los documentos precisados legal y reglamentariamente, cumpliendo estrictamente los requisitos formales a tal efecto exigidos, no hay que perder de vista que ello se requiere para garantizar el conocimiento cabal y suficiente por parte de los representantes de los trabajadores, que les permita aquilatar la situación de la empresa y ponderar la propuesta empresarial. Y, a nuestro juicio, aún siendo reprochable que la empresa no respete total y absolutamente los requisitos formales, si a pesar de ello se cumple la finalidad con ellos pretendida, el reproche ha de tener mucho menor peso a la hora de valorar la posible nulidad del despido por esta causa. De otro modo, los órganos judiciales no cumplirían mejor papel que un registro acrílico, limitado a verificar la entrega de documentación tasada, sin ponderar las circunstancias del caso”*. En esta línea, la SAN nº 150/2013, de 24 de julio de 2013, en procedimiento 14472012, Ponente Ricardo Bodas Marín.

<sup>873</sup> No es éste el criterio que sigue en la Sentencia de la Audiencia Nacional número 184/2013, de fecha 22 de octubre de 2013, en recurso 327/2013, Ponente Ricardo Bodas Martín en la que declara nulo despido colectivo porque se habían aportado las cuentas anuales provisionales del primer trimestre del 2013 y no las cuentas provisionales al momento de iniciarse el período de consultas que fue el 3 de junio de 2013, F.J. 5º.

<sup>874</sup> Es el supuesto de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 11 de diciembre de 2014, en recurso 138/2014, Ponente María Lourdes Arastey Sahun, resolución en la que se convalida el fallo en la sentencia de suplicación que había declarado nula la decisión suspensiva bajo la premisa de que la documentación aportada por UGT-Andalucía no cumplía con la obligación de negociar de buena fe de la Empresa, al no poder garantizar ésta la suficiencia de la información contenida en la misma.

<sup>875</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 171/2013, de fecha 30 de septiembre de 2013, en recurso 225/2013 Ponente Carolina San Martín Mazzucconi, F.J. 6º. Criterio finalmente acogido por el Supremo, entre otras, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 20 de noviembre de 2014, en recurso de casación 114/2014, Ponente María Luisa Segoviano Astaburuaga, F.J. 6º.



#### 4.1.2.- Segunda fase o de negociación: el alcance de la buena fe negocial

Al aproximarnos a la naturaleza jurídica del denominado período de consultas hemos señalado que, a pesar de lo que su nombre pueda indicar, sin duda constituye una manifestación específica de la negociación colectiva, en una negociación finalista que obliga por igual a empresarios y representantes de los trabajadores por exigencia de la buena fe negocial. En las siguientes líneas nos ocupamos de analizar en concreto el alcance de esta obligación.

En principio, la negociación propiamente dicha consistirá en un intercambio de opiniones y en la apertura de un diálogo entre el empresario y los representantes de los trabajadores sobre la propuesta empresarial y las alternativas que permitan evitarla, reducirla o atenuar sus consecuencias, produciéndose efectivamente aquélla en el caso de acreditarse propuestas y contrapropuestas<sup>876</sup>. En parecidos términos, se identifica la negociación de buena fe con la disposición de dejarse convencer por la contraparte, lo que exigirá siguiendo la jurisprudencia del Supremo<sup>877</sup>, la concurrencia de propuestas y contrapropuestas y la respuesta leal a cada una de ellas, aunque sea para inadmitirlas<sup>878</sup>. Desde esta perspectiva, no es de extrañar que la mejor doctrina en la materia haya concluido que los procedimientos de consulta pierden su conexión más tradicional con la participación en la empresa funcionando como auténticos momentos negociales, tal y como viene destacando la doctrina judicial<sup>879</sup>.

La idea que inspira la necesidad de la negociación es bien sencilla, evitar o reducir los efectos y atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados por la medida de que se trate. En este sentido, en todos los procedimientos es común esa referencia finalista, si bien es cierto que, como se ha puesto de manifiesto, en el procedimiento del despido colectivo alcanza una expresión mucho más acabada al aludirse expresamente por vía reglamentaria a las “medidas sociales de acompañamiento”<sup>880</sup>.

Precisamente por esa finalidad inherente a los períodos de consulta, resulta igualmente recurrente en todos los procedimientos la referencia a la obligada negociación de buena fe de

---

<sup>876</sup> Por todas, argumentación contenida en el F.J. 7º de la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 140/2013, de fecha 4 de julio de 2013, en procedimiento 169/2013. En el mismo sentido, pero aquilatando el alcance del concepto de la buena fe negocial en la doctrina judicial, la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 190/2013 en, recurso 284/2013, que sigue el criterio de la Sala de lo Social del TS en la STS de 27 de mayo de 2013, F.J. 4º

<sup>877</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de mayo de 2013, en Sala General, en recurso 78/2012, Ponente Jesús Gullón.

<sup>878</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 37/2014, de fecha 24 de febrero de 2014, en recurso 493/2013, F.J. 3º.

<sup>879</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 1

<sup>880</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 22: “Obviamente, establecer como contenido obligatorio del período de consultas el análisis de este tipo de alternativas busca que la definitiva decisión empresarial del asunto de que se trate haya valorado suficientemente su existencia. Con ello, se contribuye a que las diferentes medidas de flexibilidad interna y externa ocupen el lugar que les corresponde y, muy significativamente, que el despido sea el recurso último al que debe recurrir la empresa.”

las partes durante el período de consultas <sup>881</sup>. Pero en el específico supuesto de los descuelgues de convenio colectivo, a mayores de lo que sucede en el resto de medidas de flexibilidad interna o externa colectivas, la exigencia de buena fe negociadora no sólo viene impuesta por la referencia expresa en la regulación del procedimiento en el art. 41.4 ET sino, sobre todo, por la propia necesidad de llegar a un acuerdo <sup>882</sup>.

Es por ello, por la exigencia del preceptivo acuerdo en el descuelgue, por lo que se plantea cierto debate en relación a si el deber de buena fe en la inaplicación del convenio se identifica con el genérico deber de buena fe previsto por el legislador para los supuestos de negociación colectiva estatutaria en el art. 89. 1 párr. 2º y 3º del ET.

En nuestra opinión, no nos encontramos ante supuestos de hecho exactamente iguales, entendiendo más intensa la exigencia de buena fe negociadora en el caso de los descuelgues que en el supuesto del art. 89 ET dada la excepcionalidad del presupuesto legal habilitante. De este modo, en la regulación del art. 89.1 ET la obligación de negociar cede por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, excepciones que no van a operar por la lógica de la propia institución en los supuestos de la inaplicación de condiciones de convenio. En el descuelgue, su naturaleza excepcional, la necesidad del acuerdo y la duración limitada en el tiempo, imponen de principio la obligatoriedad de negociación de buena fe sin excepción, cuestión distinta sería la de que, una vez iniciada ésta, se defendiera la inexistencia de razones empresariales para instar el procedimiento. En esta interpretación, determinada doctrina entiende que una cosa es que exista la obligación de negociación de buena fe y otra diferente que sea de aplicación lo prevenido en el art. 89.1 ET <sup>883</sup>, posición que compartimos.

En todo caso, se entienda más o menos exigente la exigencia de buena fe negociadora, resulta evidente que en ambos preceptos existe un mandato del legislador en cuanto a la obligatoriedad de negociación de buena fe <sup>884</sup>, por lo que se hace preciso delimitar cuál es el alcance de esta obligación.

---

<sup>881</sup> Antepenúltimo párrafo del art. 41.4 ET: *“Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”*

<sup>882</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 388, las partes están obligadas a negociar de buena fe, *“no sólo por aplicación del art. 41 ET sino porque en este caso esas consultas deben conducir al acuerdo”*.

<sup>883</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 388, entiende *“que por otra parte es dudoso pueda identificarse con el deber de negociar que contempla el art. 89 ET, en principio aplicable sólo al procedimiento de negociación de convenios estatutarios”*.

<sup>884</sup> Buena fe que para el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de mayo de 2013, en recurso de casación 78/2012, se identifica con la buena fe negociadora, a pesar de que la expresión legal ofrece innegable generalidad al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y menos aún a las conductas que pudieran vulnerarlo.

En este sentido, la obligación de negociar no implica la de llegar a acuerdos <sup>885</sup>, no siendo tampoco aceptable que la negociación exija necesariamente una reducción del alcance de la medida inicialmente propuesta. Pero sí se obliga a mantener una actitud constructiva y a realizar ofertas y contraofertas que posibiliten la firma del acuerdo <sup>886</sup>, no pudiendo confundirse obligación de negociación de buena fe con éxito de la negociación <sup>887</sup>, pues tan solo se presupone la obligación de intentarlo <sup>888</sup>.

Siguiendo reciente doctrina judicial, la buena fe de la empresa en la negociación ha de valorarse por el cumplimiento de dos principios básicos, **el de la transparencia**, *“esto es, por no ocultar a la representación de los trabajadores datos ni informes que sean relevantes y proporcionar aquellos datos e informes que tenga a su disposición y le sean reclamados durante el periodo de consultas”*, y **el principio de la razonabilidad**, *“que exige, como demostración de la voluntad de llegar a un acuerdo, tomar en consideración las propuestas realizadas por la representación de los trabajadores para su análisis y dar contestación a las mismas, en sentido positivo o negativo, de forma razonada. La negociación de buena fe comporta esencialmente acreditar la disposición a dejarse convencer y a intentar convencer a la contraparte de las propias razones, como subraya la STS 27-05-2013, rec. 78/2012, lo cual comporta necesariamente escuchar las ofertas de la contraparte, contraofertar sobre las mismas, cuando es posible y/o explicar la imposibilidad de admitirlas de manera razonada y ajustada a la realidad empresarial. Por consiguiente, si concurren ofertas y contraofertas efectivas durante la negociación y se razona por qué se aceptan o no se aceptan las propuestas de la contraparte, se habrá negociado de buena fe, aun cuando el periodo de consultas no llegue a buen puerto. - Así lo hemos manifestado en múltiples sentencias, por todas, SAN 14-10-2013, proced. 267/2013 ; SAN 11-11-2013, proced. 288/2013 y SAN 10-12-2013, proced.*

---

<sup>885</sup> Sentencia Tribunal Supremo de fecha de 1 marzo de 2001, en recurso de casación núm. 2019/2000, **Ponente** Excmo Sr. Víctor Fuentes López, F.J. 5º, RJ 2001\2829: *“... como ya dijo esta Sala en su sentencia de 30 de septiembre de 1999 ( RJ 1999, 8395) , en conflicto colectivo, si bien el art. 89 del ET, impone el deber de iniciar una negociación, cuando ésta sea procedente, imponiendo igualmente a las partes el deber de llevar a cabo esa negociación de buena fe, no significa, como esta Sala ha declarado reiteradamente, que exista un deber de llegar a alcanzar el acuerdo pretendido –por todas S. 17 de noviembre de 1998 ( RJ 1998, 9750) – ni tampoco el de reanudar las conversaciones una vez finalizadas, salvo que se plantee una plataforma negociadora novedosa”*

<sup>886</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, pág. 155, refiriendo criterio de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y MARTÍNEZ BARROSO: *“La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2, párrafo tercero, del Estatuto de los Trabajadores”*, *La Ley*, 1995, pág. 3 y ss.

<sup>887</sup> MORALES VÁLLEZ, C.E.: *“El deber de negociar bajo el principio de la buena fe”*, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 8/2012, parte Fichas de Jurisprudencia, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, westlaw BIB 2012/3370: *“En efecto una jurisprudencia ya inveterada ha dado claramente a entender que la obligación que establece el precepto únicamente impone a las partes la obligación de negociar, y de hacerlo de buena fe, pero no que se obtenga éxito en la negociación (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 26/05/2009 (RJ 2009, 4974) -Recurso nº 116/2007-; 30/09/1999 (RJ 1999, 8395) -Recurso nº 3652/1998-; 20/10/1997 (RJ 1997, 8083) -Recurso nº 2717/1995-; y 17/11/1998 (RJ 1998, 9750) -Recurso nº/1998- ).”*

<sup>888</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *“Desarrollo y contenido de las consultas”*, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 27.

368/2013.”<sup>889</sup>. Transparencia que no se va a cumplir en los supuestos de entrega de documentación dentro de los parámetros impuestos reglamentariamente en aquéllos supuestos en los que no es posible para la empresa mantener el carácter fidedigno de la información<sup>890</sup>.

En consecuencia, lo que se impone es la obligación para la empresa de cumplimentar adecuadamente el preceptivo período de consultas<sup>891</sup>, facilitando a la representación de los trabajadores la información y la documentación necesaria para poder plantear en leal y abierta negociación<sup>892</sup> la naturaleza, necesidad y justificación de la medida<sup>893</sup>, valorando no sólo la posibilidad de evitar o reducir sus efectos sino la posibilidad de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a otro tipo de medidas alternativas<sup>894</sup>.

---

<sup>889</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 28/2014, de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso 356/2013, Ponente López Parada, F.J. 17º

<sup>890</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 11 de diciembre de 2014, en recurso 138/2014, Ponente María Lourdes Arastey Sahun, por la que se confirma anulación de ERTE al no poder garantizarse por la empresa la suficiencia de la información suministrada.

<sup>891</sup> F.J. 8º de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 4 de junio de 2013 en recurso 9/2013, Ponente Garbiñe Biurun Mancisidor, *“Resta una última consideración en torno a la buena fe de la empresa y a su auténtica voluntad negociadora en el período de consultas del despido colectivo analizado. Esta Sala ya se ha pronunciado en torno al alcance de esta exigencia, plasmada en los artículos 51.2 ET y 7.1 RD 1483/12. Lo hemos hecho en la Sentencia de 11 de diciembre de 2012 - Demanda 19/12 -, en la que se declaró la nulidad de un despido colectivo por falta de voluntad negociadora real de la empresa e incumplimiento de las exigencias de la buena fe. En aquella ocasión, en razonamientos que también ahora hacemos nuestros, se razonó, en esencia, como sigue: el período de consultas del artículo 51.2 ET es transposición de la Directiva 98/59 y se trata de una obligación con contenido de auténtica negociación - STJCE de 27-1-2005 - con vistas a lograr una doble finalidad: a) permitir a la representación de los trabajadores formular propuestas constructivas para evitar las extinciones o reducir su número y mitigar sus consecuencias y someter estas propuestas a debate y negociación; b) posibilitar el acuerdo entre los interlocutores sociales; que ha de negociarse de buena fe y que no esta exigencia no es un mero requisito formal, sino que se precisa la adopción de conducta activa y positiva en aras a procurar su cumplimiento; que el alcance del deber empresarial de negociar no se traduce en la obligación de aceptar las reivindicaciones de la otra parte y alcanzar acuerdos, pero sí de mostrar actitud abierta y dialogante, escuchar las propuestas de la contraparte, valorarlas y darles contestación, argumentar las propias....”*

<sup>892</sup> En estos términos, se entiende contraria a la buena fe una desafectación unilateral por la empresa en la última reunión del período de consultas del 38 por 100 de los despedidos sin contraprestación alguna cuando durante toda la negociación se había mantenido una postura inamovible en este sentido, Sentencia de la Audiencia Nacional número 6172014, de fecha 28 de marzo de 2014, en recurso 44/2014 Ponente Ricardo Bodas.

<sup>893</sup> No se considera contrario a la buena fe negocial un acuerdo en proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva por el hecho de haberse iniciado la formación necesaria tras modificación sustancial antes de la finalización del correspondiente período de consultas, no amparándose pretensión del sindicato minoritario impugnante de ser esta circunstancia manifestación expresa de un acuerdo previo ya alcanzado con la representación mayoritaria del comité intercentros fuera de aquél período de consultas con lo que la negociación fue simulada, Sentencia de la Audiencia Nacional número 89/2014, de fecha 6 de mayo de 2014, en recurso 69/2014, Ponente Rafael López Parada, F.J. 3º.

<sup>894</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 25: la buena fe pretende evitar que el período se convierta en una mera formalidad, en un trámite.

Por ello, no basta la apertura del período de consultas y la celebración de reuniones desprovistas de contenido real para entender que concurre buena fe <sup>895</sup>. De esta manera, un procedimiento de descuelgue en el que la empresa se limitase a un cumplimiento formal del inicio del período de consultas para acto seguido, constatado el desacuerdo, activar la vía del arbitraje del art. 82.3 párr. 8º ET, contravendría esta obligación de buena fe negocial <sup>896</sup>.

Por otra parte, y al igual que en el caso de la acreditación de las obligaciones de información, también en estos supuestos la concertación del acuerdo va a servir como vara de medida válida del cumplimiento de las obligaciones de la buena fe <sup>897</sup>. Siempre que el acuerdo revista la consideración de colectivo y que hubiera sido alcanzado en el período de consultas, pues es reiterada la doctrina judicial <sup>898</sup> que entiende como constitutiva de fraude de ley por quiebra de la buena fe negocial la concertación de acuerdos en negociaciones paralelas a título particular con los trabajadores afectados al margen de sus representantes <sup>899</sup>.

Por otra parte, la de la buena fe negocial es una exigencia que se impone a ambas partes en la negociación <sup>900</sup>, por ello los Tribunales vienen sistemáticamente rechazando impugnaciones de medidas de carácter colectivo en aquéllos supuestos en los que no se hubieran puesto de manifiesto estas posibles deficiencias durante la negociación <sup>901</sup>, presumiéndose siempre a

---

<sup>895</sup> MORALES VÁLLEZ, C.E.: “El deber de negociar bajo el principio de la buena fe”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 8/2012, parte Fichas de Jurisprudencia, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, westlaw BIB 2012/3370

<sup>896</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 45

<sup>897</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 59/2012, de fecha 28 de mayo de 2012: “Al límite, es claro que, como regla general, la existencia de acuerdo final permite presumir el correcto cumplimiento de la obligación –incluso si un procedimiento anterior la impugnación concluyó con una declaración de nulidad–”. GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 28.

<sup>898</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional nº 90/2012, de 25 de julio de 2012, AS 2012, 1674, Ponente Manuel Poves.

<sup>899</sup> Criticando el manejo expansivo del concepto del fraude de ley en estos supuestos, nos remitimos a muy interesante reflexión de SEMPERE NAVARRO, A.: “Nulidad y fraude en los nuevos despidos colectivos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2012 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012. www.westlaw.es, BIB 2012\3002 en la que se concluye que es difícil que exista fraude de ley en estos supuestos, cuestión distinta que se deba mantener la nulidad de la negociación por incumplimiento de la empresa de su obligación de negociar con los representantes. En posición contraria, SORIANO CORTÉS, D.: “Despido colectivo por fraude de ley en el período de consultas de un centro de trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. 70/2013 (Presentación), www.westlaw.es, BIB 2013\7, p. 2.

<sup>900</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 27

<sup>901</sup> Es el supuesto resuelto en la Sentencia de la Audiencia Nacional número 202/2013, de fecha 18 de noviembre de 2013, en recurso 338/2013, F.J. 4º, Ponente Ricardo Bodas Martín, en la que se solicitaba nulidad del procedimiento por incorrecta conformación de la comisión negociadora al tratarse de un grupo de empresas patológico: “Ahora bien, el hecho de que la comisión negociadora no estuviera conformada debidamente no comporta mecánicamente la nulidad del despido, porque es presupuesto para ello que se haya denunciado su composición desde el inicio del período de consultas, puesto que los negociadores del período de consultas están obligados a negociar de buena fe desde su inicio, de manera que, si CGT entendió que la composición de la comisión negociadora no se ajustaba a derecho, debió

favor de la buena fe <sup>902</sup>, si bien se señala algún pronunciamiento aislado en sentido contrario <sup>903</sup>. No obstante, con buen criterio, también se ha apuntado la necesaria cautela en estos supuestos, que deberían quedar reservados para las consultas que se hubieran desarrollado con normalidad y en las que, por tanto, resultara acreditado que los representantes de los trabajadores habían tenido la oportunidad real de solicitar la subsanación <sup>904</sup>. En este sentido de vinculación de la buena fe para ambas partes negociadoras, la doctrina judicial viene rechazando pretensiones de nulidad de procesos negociales por una pretendida pobreza en el debate por cuanto se declara que también compete a la parte social efectuar propuestas <sup>905</sup>.

Pero las exigencias que el citado deber impone no acaban con la tramitación del período de consultas propiamente dicho, extendiéndose más allá hasta la propia decisión del descuelgue.

En este sentido, la doctrina judicial viene manteniendo como vulneradoras de la preceptiva buena fe negociadora conductas empresariales consistentes en variar las posturas mantenidas en el seno de la negociación durante el período de consultas. En consecuencia, acreditado que en las actas del período de consultas no se debatieron las propuestas que la empresa finalmente llevó a la solicitud de inaplicación ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, se concluye que esta actuación comporta una quiebra manifiesta de la buena fe exigida durante la negociación, resultando constitutiva de fraude de ley por cuanto se utilizó a

---

*hacerlo valer de modo expreso, permitiendo a los demás negociadores rectificar a tiempo su yerro. - Cuando no se hace así, como hemos defendido en SAN 4 y 9-10-2013, proced. 252 y 176/2013, no cabe alegarlo en la impugnación del despido colectivo sin vulnerar el deber de negociar de buena fe. . Por consiguiente, probado que se pactó la composición de la comisión negociadora, sin que conste acreditada protesta formal por parte de CGT, quien participó pacíficamente en todo el período de consultas, suscribiendo, incluso, el preacuerdo de 18-06- 2013, se hace evidente que su reproche actual quiebra las reglas de buena fe negociadora, que le eran exigibles”*

<sup>902</sup> MORALES VÁLLEZ, C.E.: “El deber de negociar bajo el principio de la buena fe”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 8/2012, parte Fichas de Jurisprudencia, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, westlaw BIB 2012/3370 y GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 27

<sup>903</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 Nov. 2012, en rec. 236/2011.

<sup>904</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 15.

<sup>905</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 13 de mayo de 2013, en recurso 89/2013, Ponente Manuel Poves Rojas, F.J. 7º: “Como anticipamos más arriba, la lectura detenida de las actas del período de consultas permite concluir que el debate se centró básicamente en la cuantía de las indemnizaciones, así como en su eventual aplazamiento, sin que las representantes de los trabajadores propusieran una sola medida destinada a aliviar las consecuencias del despido para los trabajadores despedidos, por lo que, si quienes debían proponer alternativas a la empresa en dicha materia, no hicieron ninguna cuando debieron hacerlo, no cabe admitir la nulidad del despido por dichas causas, por cuanto la búsqueda de alivio en las consecuencias del despido forma parte de la negociación del período de consultas y es tan exigible al empleador como a los representantes de los trabajadores.”

este Organismo para que se pronunciara sobre una propuesta empresarial nueva que no se propuso jamás durante el período de consultas, excediendo de la función de la Comisión <sup>906</sup>.

En esta línea interpretativa, todo aquello que hubiera quedado extramuros del período de consultas quedaría en principio fuera del alcance de la medida que la empresa podría imponer, lo que plantea interrogantes en los supuestos de haberse impuesto finalmente medidas menos lesivas para los trabajadores en virtud del principio *“qui potest plus, potest minus”*.

En principio, se sienta el criterio de que la empresa sólo puede apartarse de lo planteado en la negociación por la concurrencia de una nueva situación que justificara la revisión de la medida, en cuyo caso debería intentar reabrir el período de consultas, so pena hurtar a la representación de los trabajadores la posibilidad de ponderar la nueva propuesta <sup>907</sup>.

No es ésta no obstante una postura unánime entre la doctrina científica, no compartiendo algún autor el criterio de vulneración de la buena fe en los supuestos de una afectación menor para los trabajadores, al margen de que se entiende que lo que ocurra después de la negociación difícilmente puede afectar a la exigencia de la buena fe negocial, otra cuestión es que sea en ese momento cuando pueda valorarse si el comportamiento de la empresa durante aquélla se ajustó o no a esas reglas <sup>908</sup>. No es éste por el contrario el criterio que se sigue en

---

<sup>906</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 128/2013, de fecha 19 de junio de 2013, en recurso 211/2013, Ponente Ricardo Bodas Martín, F.J. 7º: *“Consideramos, por otro lado, que la actuación empresarial ha instrumentado artificiosamente a la CCNCC, entre cuyas funciones no está pronunciarse sobre propuestas empresariales en general, sino sobre las discrepancias surgidas en el desarrollo del período de consultas, lo que exige necesariamente que esas discrepancias se haya producido efectivamente durante dicho período, lo que no ha sucedido aquí, por cuanto la empresa demandada no puso nunca sobre la mesa de negociación la propuesta, que presentó ante la CCNCC, quien no debió, a nuestro juicio, pronunciarse sobre una propuesta nueva, que no fue objeto de negociación en el período de consultas. - Dicha actuación constituyó, según nuestro criterio, un manifiesto fraude de ley, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.4 ET, por cuanto se utilizó una institución, cuya finalidad es resolver controversias, surgidas durante el período de consultas de los procedimientos de aplicación de convenios, para pronunciarse sobre una propuesta empresarial, que no se permitió considerar a SEPLA durante el período de consultas. La conclusión expuesta no supone que la solicitud de la empresa ante la CCNCC deba reproducir exactamente las negociaciones del período de consultas, puesto que su complejidad obligará, en muchas ocasiones, a clarificar o precisar algunos extremos, pero no cabe, como ha sucedido aquí, modificar radicalmente los ofrecimientos empresariales producidos durante el período de consultas, por las razones ya expuestas. Se impone, por consiguiente, anular la resolución recurrida y reponer a los trabajadores afectados en la situación anterior a que se inaplicara su convenio como consecuencia de dicha resolución, a tenor con lo dispuesto en el art. 138.7 LRJS”*

<sup>907</sup> Situación analizada en la Sentencia de la Audiencia Nacional número 132/2013, en recurso 182/2013, de fecha 21 de junio de 2013, Ponente San Martín Mazzucconi.

<sup>908</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 40 y 41: *“Pero no deja de producir desasosiego cuando, como ocurre en algunos de los casos en que se ha aplicado esta doctrina, la decisión empresarial es diferente a la inicialmente planteada, sí, pero más favorable para los trabajadores y, por tanto, de menor entidad de lo previsto. El fundamento que se aduce para llegar a esta conclusión, la “quiebra de la buena fe” por no haber permitido a la contraparte conocer la existencia de esta posibilidad y eventualmente aceptarla, no parece indiscutible. Cabe argumentar, como hacen otros pronunciamientos, que lo que ocurra después de agotadas las consultas difícilmente puede afectar a la exigencia de buena fe negocial. Pero también*

algunas resoluciones judiciales en las que se declara improcedente determinada decisión extintiva empresarial llevada a término escasos doce días después de la concertación colectiva de un acuerdo de inaplicación en cuya negociación nada se había planteado acerca del futuro despido, calificando el comportamiento de la empresa como torticero y contrario a la buena fe al ocultar a la representación de los trabajadores la decisión de extinguir el contrato para así conseguir la voluntad favorable de los trabajadores a la firma del acuerdo de descuelgue<sup>909</sup>.

Precisando también el alcance de la buena fe negocial una vez finalizado un anterior procedimiento de inaplicación que había desembocado en una desestimación de solicitud de inaplicación tramitada ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos por falta de *quórum*, determinada doctrina judicial sienta el criterio de que no existiría ningún obstáculo para la iniciación de un nuevo proceso de consultas siempre y cuando la nueva apertura tuviera su razón de ser en la concurrencia de una plataforma negociadora novedosa, bien por la concurrencia de una causa nueva. O porque siendo la misma, se hubiera producido un cambio tal de la situación precedente que pudiera afirmarse, sin lugar a dudas, que existiría una nueva causa o razón para negociar. O cuando la parte planteara un marco de negociación que pudiera calificarse de nuevo. Por el contrario, si la empresa se limitara a repetir el período de consultas que había terminado sin acuerdo entre las partes y sin decisión sustitutiva, se concluye que la representación de los trabajadores no se encontraría vinculada por la obligación de negociación de buena fe<sup>910</sup>.

---

*sostener que sólo es en este momento cuando puede saberse que el comportamiento de la empresa durante las consultas no se ha ajustado a la indicada obligación. Habrá que esperar, pues, a que el TS se pronuncie sobre esta cuestión."*

<sup>909</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en recurso planteado contra la sentencia número 539/2012 dictada por Juzgado de los Social nº 6 de OVIEDO en demanda 676/2012 que había declarado el despido procedente.

<sup>910</sup> Es el supuesto resuelto en la Sentencia de la Audiencia Nacional número 219/2013, de fecha 9 de diciembre de 2013, en recurso 339/2013, Ponente Manuel Fernández Lomana en el que se anula por inexistencia de obligación de negociación de buena fe decisión de inaplicación de la CCNCC: *"La pregunta que debemos hacernos es si puede la empresa obligar a negociar de nuevo a la parte social cuando el proceso de negociación anterior ya ha concluido y no concurren nuevas causas. La posición del Ministerio Fiscal fue que tal posibilidad no es jurídicamente viable y la Sala comparte su opinión. Dicho de otro modo, esta la representación de los trabajadores obligada a negociar de nuevo, pese a que no exista una nueva causa, ni variación significativa en la posición de la empresa. La respuesta se encuentra en la STS de 1 de marzo de 2001 (Rec. 2019/2000) dicha sentencia sienta como doctrina al interpretar el deber de negociar de buena fe que "si bien el art. 89 del ET, impone el deber de iniciar una negociación, cuando ésta sea procedente, imponiendo igualmente a las partes el deber de llevar a cabo esa negociación de buena fe, no significa, como esta Sala ha declarado reiteradamente, que exista un deber de llegar a alcanzar el acuerdo pretendido -por todas STS de 17 de noviembre de 1998 (Rec.1760/1998) -, ni tampoco el de reanudar las conversaciones una vez finalizadas, salvo que se plantee una plataforma negociadora novedosa" -en la misma línea las STS de 16 de diciembre de 2006 (Rec. 21/2006); 5 de noviembre de 2008 (Rec. 130/2007); 28 de mayo de 2009 (Rec. 71/2008) y 21 de octubre de 2010 (Rec. 198/2009) -. La doctrina es plenamente aplicable al caso, pues la empresa únicamente intentó repetir el proceso negociador, sin alegar causas nuevas o realizar ofertas novedosas y, por lo tanto, la postura de la representación de los trabajadores negándose a negociar un nuevo periodo de consultas y mostrándose dispuestos a negociar un nuevo convenio colectivo, tiene amparo legal. La consecuencia es que debemos estimar el recurso y anular la resolución de la Comisión pues, como hemos razonado, su intervención es siempre subsidiaria y de último grado, si no existe una fase de negociación legítima previa no puede intervenir, otra interpretación sería contraria al art. 28.1 y 37 de la Constitución y no*



Para terminar con el alcance de la buena fe negocial, debemos hacer referencia a la posible incidencia que en su caso pudieran tener determinados compromisos previos alcanzados con la representación de los trabajadores en el seno de anteriores acuerdos colectivos en medidas de flexibilidad interna o externa en relación con la obligación de negociación de futuras medidas colectivas, en nuestro caso, de descuelgues.

En este sentido, la doctrina judicial no es concluyente, si bien parece que se impone una lectura por la que se establece que la suscripción de este tipo de compromisos previos en empresas en crisis es más retórica que real, desde la perspectiva de que la obligación asumida por la empresa se apoya en la situación existente en el momento de su suscripción, no blindando a los trabajadores si la situación variara negativamente. Igualmente desde la concepción de la mayor jerarquía normativa de la regulación de las medidas previstas en el ET, ya sean despidos colectivos, descuelgues, etc...<sup>911</sup>

Hasta aquí lo relativo a la naturaleza jurídica del período de consultas.

A continuación pasamos a analizar las cuestiones relativas a las posibilidades de sustitución del período de consultas por mediación o arbitraje, a la denominada como “dispositivización” del procedimiento, a la duración de las consultas o a las posibilidades de reconversión entre los procedimientos.

#### **4.2.- La sustitución del período de consultas por procedimientos de mediación y arbitraje y la “dispositivización” del procedimiento en convenio colectivo**

Como venimos señalando, la institución de la inaplicación de condiciones pactadas en el convenio colectivo reside en la consecución de un acuerdo alcanzado al efecto entre la empresa y los representantes de los trabajadores, acuerdo que la norma prevé que se materialice en una primera y preceptiva fase del procedimiento en el denominado período de

---

*puede ser asumida por la Sala. Probablemente dada la situación de gravedad económica por la que atraviesa la empresa, la CCNCC ha adoptado una posición activa, requiriendo a la empresa documentación sobre la situación económica 2013, pero al obrar de este modo ha ido más allá de la postura sostenida por la empresa, la cual se limitó a repetir o reiniciar el proceso ya concluido.”*

<sup>911</sup> Es el supuesto que se resuelve en Sentencia de la Audiencia Nacional número 189/2012, de fecha 28 de octubre de 2013, en recurso 228/2012, Ponente María del Carmen Prieto Fernández, F.J. 6º, valorando un compromiso de no tramitar futuros despidos colectivos pero plenamente aplicable *mutatis mutandis* a un compromiso de no efectuar descuelgues futuros: “Ahora bien, ese tipo de compromisos en empresas en crisis son más retóricos que reales, puesto que la obligación, contraída por el deudor, se apoya en la situación existente en el momento de su asunción, pero no blind a los acreedores, si dicha situación varía negativamente, por cuanto debe prevalecer sobre la misma, por razones de jerarquía normativa, lo dispuesto en el art. 51 ET, de manera que, si la situación económica de la empresa varía negativamente, como ha sucedido aquí, al despeñarse los resultados de la empresa, quien perdió 6.806.981 euros en el ejercicio 2011, pese a la suspensión de contratos acordada y autorizada el 13-04-2011, la obligación deviene imposible, por lo que debe tenerse por no puesta, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.116 CC. - Así se ha defendido por la doctrina judicial, por todas STSJ Madrid 8-02-2013, rec. 73/2012 y por esta Sala en SAN 20-05-2013, proced. 108/2013. Cuestión distinta sería, si la empresa incumpliera una obligación de no hacer, sin que hubieran variado las condiciones económicas en las que la contrajo, por cuanto en dicho supuesto si se vulneraría lo dispuesto en el art. 1256 CC, como se denuncia en la demanda. - Dicha situación no se ha demostrado aquí por los demandantes.”

consultas y que, por remisión expresa de la norma, se regula en el art. 41.4 ET previsto inicialmente para los supuestos de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.

No obstante, una cosa es que el legislador se remita para el período de consultas a la regulación contenida en el art. 41.4 ET y otra, muy diferente, que el procedimiento de descuelgue se regule en este último precepto. En este sentido, el procedimiento para la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo se regula específicamente en el art. 82.3 ET dentro del Título III del Estatuto dedicado a la negociación colectiva estatutaria, artículo que se constituye en ley especial para la regulación de la inaplicación del convenio colectivo<sup>912</sup>, precepto desarrollado a su vez a nivel reglamentario en lo que se refiere a la última fase del procedimiento<sup>913</sup>.

Prueba de ello, en la institución del descuelgue se prevén sucesivas fases para la gestión del posible desacuerdo en el período de consultas que no se contemplan en el resto de procedimientos colectivos en medidas de flexibilidad interna y externa sobre la premisa de que, en la inaplicación, no es posible una decisión unilateral de la empresa. Es ésta una cuestión que debemos tener muy presente a la hora de la posible aplicación *in extenso* a los descuelgues de la regulación contenida en el art. 41.4 ET para las modificaciones sustanciales colectivas “contractuales”, más allá de la remisión expresa a las consultas efectuada en el art. 82.3 ET.

Dicho esto, a partir de la reforma operada por la Ley 35/2010, el legislador diseña un procedimiento en la norma para los supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo “*Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva*”<sup>914</sup>, en lo que se ha denominado como la facultad de “*dispositivización*” del procedimiento, posibilidad ésta que había sido reclamada inmediatamente antes de la reforma desde algún sector doctrinal<sup>915</sup>. En este punto, llamamos la atención en el sentido de que la redacción a partir de la Ley 35/2010 difiere notablemente de la que se preveía en el anterior Real Decreto-Ley 10/2010, en el cual se establecía que la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo debía ir precedida “*en todos los casos*” de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, matización que no figuraba tampoco en el texto del artículo 41 ET tras Ley 11/1994.

---

<sup>912</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p. 4

<sup>913</sup> Real decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>914</sup> Art. 41.4 párr. 1º ET.

<sup>915</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAULT ARANDA, J.: “La reforma de la negociación colectiva” publicado en *Relaciones Laborales*, número 14, 2010, pág. 125, entre las medidas para una futura reforma laboral, ya proponían como necesaria la posibilidad de *dispositivización* de los procedimientos, entre otros, del art. 41 ET en favor de los convenios colectivos, pero no de cualquiera, sino de la negociación cualificada del convenio sectorial estatal o de Comunidad Autónoma.

Más allá, en el art. 41.4 ET se articula también la posibilidad de que las partes negociadoras acuerden la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, previsión que, significativamente, se encuentra presente en la redacción de todos los artículos dedicados a las medidas de flexibilidad interna y externa colectivas de los arts. 40.2, 41.4, 47 y 51 ET, pero que no se prevé en los mismos términos en la regulación del procedimiento del descuelgue en el art. 82.3 ET.

El diseño legal del procedimiento de descuelgue del art. 82.3 ET impone a las partes que en caso de desacuerdo en el período de consultas, potestativamente, sometan la discrepancia a la comisión paritaria del convenio para posteriormente, en caso de que no se hubiera solicitado su intervención, o no se hubiera alcanzado acuerdo en su seno, recurrir obligatoriamente a los procedimientos de mediación y arbitraje que fueran de aplicación en la empresa para solventar sus discrepancias.

Por lo tanto, en materia de descuelgues, el legislador prevé expresamente el sometimiento de las controversias a los acuerdos interprofesionales ex art. 83 ET pero con una diferente regulación a la de los arts. 40.2, 41.4, 47 ó 51 ET, diferencia hasta el punto de que el sometimiento en la gestión del desacuerdo no se deja a la voluntad de las partes.

En este sentido, esta diferente regulación es la mejor confirmación de que el art. 82.3 ET constituye una *lex specialis* en materia de descuelgue y una buena pista en relación a las limitadas posibilidades para extender a la inaplicación las posibilidades de “dispositivización” y de sustitución del período de consultas en la fase inicial de las consultas del art. 41 ET.

No es ésta una posición aislada pues determinada doctrina entiende que la remisión que se efectúa en el art. 82.3 ET al art. 41.4 ET lo es genérica a los meros efectos de cómo debe desarrollarse el período de consultas <sup>916</sup>, sin que pueda apoyar una eventual sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje <sup>917</sup>, menos aún una “dispositivización” del procedimiento <sup>918</sup>. Incluso se aduce que se sustituiría un trámite de

---

<sup>916</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 388: “No lo es por tanto una remisión genérica al mismo para determinar el procedimiento de adopción del acuerdo. Por esa razón no parece que pueda servir para apoyar una eventual sustitución de ese período previo de consulta “por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa”, que en el mencionado precepto se prevé, y menos aún por “los procedimientos específicos que puedan establecerse por negociación colectiva (a los que también hace referencia el art. 41.4 ET)”

<sup>917</sup> Expresamente en algún convenio colectivo se ha previsto esta posibilidad, en este sentido, art. 35 del Convenio colectivo general de la industria química, BOE de 9 de abril de 2013, en el que se prevé la sustitución del período de consultas en cualquier momento por los procedimientos de mediación y arbitraje previstos en el propio Convenio.

<sup>918</sup> LANTARÓN BARQUIN, D.: “Novedades normativas y proyección de la reforma laboral de 2010 en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24 (2011), p. 15 y 16: “Singular es el supuesto de los descuelgues salariales, regulados en el art. 82.3 ET. Es incuestionable, dado el tenor legal, la aplicación de las previsiones relativas estrictamente al período de consultas. Cabe dudar en lo demás, al remitirse el precepto al “previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4”. Expresión que, entendemos, cabe interpretar literalmente, excluyendo las medidas alternativas legalmente previstas en el propio art. 41.4 ET para la modificación sustancial de condiciones de trabajo.”

naturaleza convencional por otro de dispar esencia situado en un nivel más alejado del conflicto <sup>919</sup>.

A mayor abundamiento, tras el encaje sistemático de los descuelgues en el art. 82.3 ET y el tratamiento uniforme en el Título III del ET, la interpretación alternativa que con anterioridad a la reforma del 2012 avalaba la posible aplicación a los denominados descuelgues “genéricos” del anterior art. 41.6 ET de la regulación íntegra del procedimiento del art. 41 ET, pierde su razón de ser <sup>920</sup>, confirmándose en este sentido la aplicación de la regulación específica ex art. 82.3 ET.

No obstante, estando la norma redactada en estos términos, debemos analizar si la genérica remisión que se efectúa en el art. 82.3 ET a la regulación del período de consultas contenida ex art. 41.4 ET permite aplicar o no estas posibilidades de “dispositivización” del procedimiento y de sustitución de las consultas por la correspondiente mediación o arbitraje. La cuestión resulta desde luego compleja y las posiciones no resultan pacíficas <sup>921</sup>.

---

<sup>919</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Comentario al art. 41 LET”, en De la Villa (Dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Iustel, 2011, p. 746

<sup>920</sup> Antes de la reforma del 2012 y del encaje sistemático de todos los descuelgues en el art. 82.3 ET, se había defendido esta posibilidad, si bien como interpretación alternativa a la de entender que la regulación del art. 82.3 ET constituía *lex specialis*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p. 5: “*Pero también cabría una interpretación alternativa, que el párrafo sexto del propio artículo 41 avalaría: podría entenderse que el párrafo transcrito no enerva la remisión plena al art. 41.4 y que, por consiguiente, las partes podrían asimismo optar por someter el conflicto a la mediación y/o al arbitraje en los términos previstos con carácter general*”. En este último sentido, en lo que se refiere al anterior art. 41.6 ET, LANTARÓN BARQUIN, D.: “Novedades normativas y proyección de la reforma laboral de 2010 en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24 (2011), p. 16: “*En relación con las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo estatutario, la remisión del art. 41.6 ET al art. 41.4 parece en una primera lectura efectuada a su integridad, no sólo a los concretos aspectos del periodo de consultas. Dice el precepto que esta modificación “se podrá efectuar en todo momento por acuerdo, de conformidad con lo establecido en el apartado 4”*.”

<sup>921</sup> Si bien con la redacción anterior de la norma, existen ejemplos en la doctrina de suplicación en los que se ampara la posibilidad de dispositivización, en este sentido, aludiendo a otros supuestos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de junio de 2011, en recurso 1515/2011, Ponente Juan Carlos Benito-Butron Ochoa, F.J. 2º: “*Pero lo más destacado es que pueden existir Convenios Colectivos que fijen sistemas de modificaciones específicas en materia por ejemplo de horarios o de organización del trabajo en los que el TS ha venido a señalar que tal modificación empresarial se circunscribe a los términos habilitados por el Convenio Colectivo y no ha de exigirse procedimiento fijado en el art. 41 del ET ( Sentencia TS 17-7-2000. Recurso 4155/99 y en Suplicación Sentencia del TSJ de Cataluña de 5-5-2005. Recurso 9564/2004 y Sentencia del TSJ de Comunidad Valenciana de 31-5-2005. Recurso 3688/04) piénsese que tales clausulados que eventualmente pueden atribuir potestades de modificación debido ya la autonomía individual o a la voluntad unilateral del empresario tienen que ser conforme a la Ley y al Convenio Colectivo de aplicación, cual es el caso, sin que con ello se vacíe el régimen de modificaciones sustanciales mediante la atribución incondicionada o en blanco de facultades modificativas al empleador ni suponga una renunciabilidad de derecho, pues la misma se confiere en el propio Convenio Colectivo y por ello no altera ningún precepto constitucional ( art. 37) ni ordinario ( art. 82 del ET).*”

Si nos referimos estrictamente a la nueva previsión a favor de la “dispositivización” del procedimiento contenida en el primer párrafo del art. 41.4 ET a partir de la Ley 35/2010, para algún sector doctrinal esta facultad, en el fondo, no constituiría una novedad, dado que la misma ya habría sido aceptada por los Tribunales <sup>922</sup>. Para otro sector, sin embargo, la novedad sería de trascendencia, pues lo que antes se preveía en la norma como imperativo, desde la reforma pasaría a ser dispositivo en convenio colectivo <sup>923</sup>.

Compartiendo el argumento de que la posibilidad de disposición del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo ya había sido aceptada por el Tribunal Supremo <sup>924</sup>, la realidad es que ésta previsión se incorpora por vez primera en la norma a partir de la reforma de 2010. Pero para el supuesto específico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo “contractuales” <sup>925</sup>, por lo que se plantea la duda de si se abren o no nuevos escenarios de negociación para los descuelgues una vez encajada sistemáticamente la regulación de estos en el Título III del ET al margen del art. 41 ET. Y sobre todo, una vez eliminada la posibilidad de que fueran los convenios los que regularan los términos y condiciones para la inaplicación del régimen salarial de los mismos.

En este último sentido, se pone el énfasis en el trascendental cambio efectuado con respecto a la nueva configuración de los descuelgues tras las últimas reformas laborales, invirtiéndose en este sentido el amplio balance favorable a la intervención de la negociación colectiva en la conformación de la inaplicación de condiciones de convenio en la situación anterior a 2012 <sup>926</sup>.

---

<sup>922</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: “Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 109/2011, 2º trimestre, pág. 31. Refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 marzo 2003, en recurso de casación 36/2002.

<sup>923</sup> Para GONZÁLEZ DE LENA, F.: “La negociación colectiva en la reforma de 2010: Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 211, “*ahora tal régimen jurídico se manifiesta legalmente compatible con otros procedimientos para llevar a cabo la modificación*”

<sup>924</sup> Por todas, nos remitimos a F.J. 5º apartado 5 de la sentencia de la Sala de los Social del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2003, en recurso de casación núm. 36/2002, RJ 2003, 4499 donde se refiere que “*La posibilidad de que por medio de la negociación colectiva se establezcan otros procedimientos de modificación distintos de los previstos en el art. 41 ET se ha aceptado por esta Sala al admitir la aplicación empresarial de modificaciones previstas en Convenio, distintas de las previstas por el citado precepto, como puede apreciarse en SSTs 9-11-1998 (Rec. 182/98) (RJ 1998, 8918), 17-7-200 (Rec. 4155/99) (RJ 2000, 7635), 5-6-2002 (Rec. 1222/01) (RJ 2002, 6922), 24-10-2002 (Rec. 16/02) [RJ 2003, 458] o 24-1-2003 (Rec. 175/01) (RJ2003, 3202), y no sólo en relación con convenios colectivos estatutarios sino con pactos de empresa que no reúnen aquella condición legal (cual en la STS 5-6-2002 citada).*”

<sup>925</sup> La anterior redacción vigente desde el 1 de mayo de 1995 hasta el 17 de junio de 2010 no hacía referencia alguna en este sentido: “4. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no inferior a quince días. Dicho período de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.”

<sup>926</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 59 y 60: para el autor

Textualmente, *“la unificación de la institución y su desplazamiento a la teoría de las fuentes lo sustrae del ámbito de la autonomía colectiva”*. En esta interpretación, que compartimos plenamente, los convenios colectivos no podrían incidir en los aspectos que componen el *“marco institucional”* del descuelgue, que vendría delimitado por cuestiones tales como el ámbito objetivo de inaplicación del convenio, los sujetos legitimados para negociar y la exigencia de acuerdo <sup>927</sup>.

La clave interpretativa residiría en la determinación de la naturaleza jurídica de la regulación contenida en el art. 82.3 ET, si nos encontramos ante un régimen de orden público laboral o ante un régimen dispositivo.

Por su estilo de redacción, -en un régimen que se presenta esencialmente cerrado sin apenas remisiones a lo que se pacte en convenio-, por su contenido, -en el que se establece el marco o reglas de juego de nuestro sistema de negociación colectiva abordando la eficacia del convenio-, por su estructura, -aborda la vinculabilidad del convenio y por tanto su eficacia-, por la finalidad del precepto, -proporcionar mecanismos de adaptación que difícilmente serían compatibles con cláusulas de convenio que los dificultaran al modo de la regulación anterior-, o por el del *iter* temporal en la regulación de las sucesivas reformas, -en las que el legislador ha pretendido reaccionar ante el anterior sistema que prácticamente hacía inviable el descuelgue y que no funcionó-, parte de la doctrina concluye que nos encontramos ante un régimen imperativo, de derecho necesario, que no puede ser contradicho por los convenios colectivos <sup>928</sup>.

En sentido contrario, cabría renunciar al descuelgue en convenio de empresa sobre la premisa de que este tipo de convenios quedan igualmente sujetos al marco institucional del Título III del ET <sup>929</sup>, no estando ante un régimen de derecho necesario absoluto del que la negociación colectiva supraempresarial podría disponer <sup>930</sup>.

---

*“Las reformas han variado sustancialmente este panorama”. “La unificación de la institución y su desplazamiento a la teoría de las fuentes lo sustrae del ámbito de la autonomía colectiva. Se convierte en norma de derecho imperativo absoluto o, más probablemente, en máximo de derecho necesario, que funciona como “techo” de la protección laboral en el sentido de tutelar los intereses empresariales” ...“formando parte el régimen del descuelgue del marco institucional de la negociación colectiva, no parece que los convenios puedan “suavizarlo”, del mismo modo que no pueden incidir en otros aspectos que componen el indicado marco institucional –legitimación o criterios legales de articulación, por ejemplo-“*

<sup>927</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 40

<sup>928</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*. nº 57, enero-marzo, año 2012, p. 246: *“Todo lo anterior conduce a deducir que el régimen del descuelgue de condiciones previsto legalmente pretende introducir reglas imperativas que no pueden ser contradichas como regla general por parte de los convenios colectivos”*

<sup>929</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo”, en THIBAUT, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012, p. 234

<sup>930</sup> A propósito del descuelgue salarial del 82.3 ET tras reformas 2010-2011, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial”, *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012 p. 128 *“Por ello, creo que no estamos*

A nuestro juicio la naturaleza jurídica de las reglas contenidas en la regulación legal se presenta como de orden público laboral, introduciendo el legislador reglas imperativas que no podrán ser contradichas por los convenios colectivos. Interpretarlo de otro modo sería tanto como volver a la situación anterior a la reforma iniciada en 2010, por lo que desde nuestro punto de vista no sería posible el “bloqueo” de las posibilidades de descuelgue en el convenio colectivo<sup>931</sup>.

Ahora bien, *“combinando esta idea con la doctrina jurisprudencial aludida más arriba, cabe prever que el nuevo art. 82.3 ET, más que funcionar como una norma intangible, lo hará como un máximo en tutela de los intereses empresariales”*<sup>932</sup>, por lo que el hecho de que nos encontremos ante una norma de orden público laboral no dispositiva no enerva que *“esta conclusión puede ser compatible con ciertos resquicios de matización por parte de los convenios colectivos que adapten el régimen a las circunstancias particulares de ciertos ámbitos y, en particular, a una voluntad consensuada de los representantes de trabajadores y empresarios en esta materia”*<sup>933</sup>.

De este modo, la naturaleza imperativa de la regulación legal no será absoluta<sup>934</sup>, amparando la norma cierto margen de actuación complementaria a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales, no por una interpretación voluntarista, sino porque es el propio texto legal del art. 82.3 ET el que así lo autoriza. Primero, por la remisión a la gestión del desacuerdo ante la comisión paritaria en una segunda fase del procedimiento. Segundo, por la remisión a los procedimientos de solución autónoma en acuerdos interprofesionales. Tercero, por la previsión expresa en el contenido mínimo del convenio ex art. 85.3 c) de la obligatoriedad de incorporar procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias en descuelgues. A mayor abundamiento, tampoco el encaje sistemático de los descuelgues en el Título III eliminaría por completo el *“cordón umbilical”* entre el art. 82.3 y el

---

*ante un régimen legal de derecho necesario absoluto, y la negociación colectiva supraempresarial podría seguir ordenando todo lo relativo al descuelgue salarial a nivel de empresa si así lo deciden los sujetos negociadores, desplazando (o “dispositivizando” si se quiere) la nueva regulación introducida en la LET, y “neutralizando” –en cierto sentido, y si así lo quieren los sujetos negociadores- los propósitos reformistas en esta materia”*

<sup>931</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Mecanismos legales de descuelgue salarial”, *Actualidad Laboral* nº 10/3-9 de marzo 1997, pág. 193, con la anterior redacción del 82.3 ET, se posicionó en el sentido de que constituiría una manifiesta ilegalidad la previsión convencional que vetara o excluyera de forma expresa el *descuelgue* salarial en su ámbito de aplicación, siguiendo criterio de GARRIDO PÉREZ: “Las cláusulas de descuelgues salarial en la nueva ordenación estatutaria”, *RRLL*, nº 8, 1995, pág. 20 y de SALA FRANCO, T, ALFONSO MELLADO, C. y PEDRAJAS MORENO, A.: Los acuerdos o pactos de empresa, Valencia, 1996, pág.25. El argumento, a nuestro juicio, resulta plenamente aplicable tras la reforma laboral a los supuestos de los “nuevos” 41.6 y 82.3 ET.

<sup>932</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 60

<sup>933</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*. nº 57, enero-marzo, año 2012, p. 247.

<sup>934</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo”, Ponencia a la XXVII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, Madrid, 10 de diciembre de 2014, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, p. 39.

art. 41.4 ET, permitiendo la dispositivización *“siempre y cuando insistimos no se altere el diseño y filosofía general de la institución en el precepto de referencia (art. 82.3 ET)”*<sup>935</sup>.

En esta línea interpretativa, en cierta manera se respetaría la jurisprudencia recaída al hilo de la anterior regulación al año 2010 respecto de la posibilidad de que los convenios recogieran sus propios procedimientos de negociación<sup>936</sup>, si bien posibilidad menos amplia en el supuesto de los descuelgues que en la de las modificaciones sustanciales por las razones anteriormente apuntadas de la naturaleza imperativa del art. 82.3 ET.

Nos encontraríamos, en suma, ante una facultad de modulación más que ante una facultad de sustitución<sup>937</sup> o de “dispositivización”. Ejemplo de estas posibilidades, en buena práctica, en determinados convenios colectivos, se aclara la documentación a aportar por las empresas en los descuelgues<sup>938</sup>.

Permitir que las partes modulen el procedimiento no es sino darles el protagonismo que les corresponde en uso de la autonomía colectiva<sup>939</sup>, no pudiendo hablarse de inaplicación sino más bien de respeto a lo negociado<sup>940</sup>, insertándose esta posibilidad en el ejercicio del derecho a la autonomía colectiva y a la libertad sindical de los arts. 37 y 28 CE en la interpretación que en esta materia efectuó el Supremo<sup>941</sup>. En este sentido, el procedimiento

---

<sup>935</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*. nº 57, enero-marzo, año 2012, p. 247

<sup>936</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 5: *Probablemente por ello esta posibilidad ha de entenderse igualmente predicable, tras la reforma de 2012, del procedimiento de inaplicación del art. 83.2 ET. Ahora bien, el hecho de que nada similar se diga respecto a tal facultad en relación con los restantes procedimientos no puede en modo alguno ser interpretado en el sentido de que la negociación colectiva carezca de facultades ordenadoras del desarrollo de las consultas. Probablemente las facultades de la negociación no alcanzan el ámbito que tienen en los supuestos anteriores pero sí que incluyen la posibilidad de concretar el desarrollo de las consultas. De hecho, existen otros preceptos estatutarios de los que cabe deducir fácilmente tal posibilidad (cfr. art. 85.1.1 ET). Ello puede ser útil en particular en los casos en los que no existe concreción reglamentaria del desarrollo de las consultas, aunque tampoco parece existir obstáculo alguno a aceptar que los convenios colectivos puedan establecer reglas adicionales a las establecidas en el RPDC.”*

<sup>937</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Comentario al art. 41 LET”, en De la Villa (Dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Iustel, 2011, p. 738, para quien cabría una interpretación en el sentido de modulación, que no de sustitución.

<sup>938</sup> Convenio de limpieza de edificios y locales de Ciudad Real, BOP de 11 de julio de 2013, en cuya disposición adicional primera expresamente se previene que se tomará como referencia la documentación preceptiva para los despidos colectivos. O por ejemplo en el art. 35 del Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería, BOE de 26 de septiembre de 2013, en el que se estipula la obligatoriedad para la empresa solicitante de presentar un plan de viabilidad al efecto.

<sup>939</sup> En este sentido podría entenderse como una manifestación del principio de autonomía colectiva en la interpretación que de este derecho se ha efectuado en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, por todas, STC 217/1991, F.J.5º.

<sup>940</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 60, Dicho esto, GOERLICH, p. 60.

<sup>941</sup> Sentencia 7 de marzo de 2003, RJ 2003/4499, recurso de casación núm. 36/2002 F.J. 5º *in fine* de su sentencia: *“La denuncia en este punto no puede prosperar si se tiene en cuenta que la finalidad manifiesta del art. 41 ET es la de establecer reglas para la modificación de condiciones de trabajo*



del Estatuto de los Trabajadores del art. 41 ET se constituía como norma garantizadora pero no limitadora de la autonomía colectiva, en procedimiento alternativo que se ajusta al art 85.1 ET que legitima la adopción de pactos relativos a procedimientos para resolver las discrepancias sufridas en los períodos de consultas previstos en los arts. 40, 41, 47 y 51 ET. Debiendo reconocerse a los que negocian colectivamente la posibilidad de atemperar la regulación de la relación de trabajo a la peculiar situación del proceso productivo de la empresa o empresas<sup>942</sup>. En consecuencia, la empresa se serviría cabalmente de la autorización que le conferiría el convenio colectivo para modificar condiciones de trabajo según el procedimiento pactado<sup>943</sup>.

Ahora bien, dicho esto, no es menos cierto que el Alto Tribunal también viene señalando que la facultad de disposición es posible siempre y cuando se respeten en la norma pactada las disposiciones de derecho necesario, pues *"la Ley ocupa en la jerarquía normativa una superior posición a la del Convenio Colectivo, razón por la cual éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario por aquélla"*<sup>944</sup>.

---

*derivadas de convenio colectivo, pero no la de establecer limitaciones a los negociadores de estos convenios. Por lo tanto el art. 41 ET podrá ser infringido por el empleador que intente modificar aquellas condiciones de trabajo sin seguir el procedimiento previsto en dicho precepto legal o en aspectos no permitidos por él, pero no por quienes hacen uso de la autonomía colectiva que les confiere el art. 28 de la Constitución. En tal sentido el art. 41.2 ET se constituye como norma garantizadora de que lo pactado en Convenio había de ser respetado en su integridad por el empresario, a salvo que llegue al acuerdo modificador por él autorizado, pero no como norma limitadora de las posibilidades de la autonomía negociadora de las partes"* (negrita del que suscribe).

<sup>942</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 octubre 2002, RJ 2003\458, F.J. 7º: *"Conviene resaltar que la negociación colectiva, reconocida con rango constitucional en el art. 37 de la Constitución Española de 1978 y como fuente del derecho y derecho laboral básico, respectivamente, en los artículos 3-1-b) y 4-1-c) del Estatuto de los Trabajadores, debe tener un marco de actuación que permita la regulación de la relación laboral en función de las concretas situaciones, de índole social y económica, que caractericen, en un momento dado, al concreto colectivo al que la misma va referida. Y si bien es cierto que, esto, no puede en modo alguno, conllevar infracción de la norma legal, también lo es que debe reconocerse a los que negocian colectivamente la posibilidad de atemperar la regulación de la relación de trabajo a la peculiar situación del proceso productivo de la empresa o empresas en las que va a regir el pacto colectivo que de la negociación resulte."* (negrita del que suscribe)

<sup>943</sup> Nos referimos a supuestos de las sentencias de 17 de julio de 2000, en recurso de casación núm. 4155/1999, RJ 2000, 7635, y de 5 de junio de 2002, en recurso de casación núm. 1222/2001, RJ 2002, 6922

<sup>944</sup> *"siempre y cuando se respete por la norma pactada las disposiciones legales de derecho necesario. En este sentido, las sentencias de 9-7-91 ( RJ 1991, 5877) , 24-2-92 ( RJ 1992, 1052) , 7-4-95 ( RJ 1995, 3260) (rec.3263/95), 8-6-95 ( RJ 1995, 4772) (rec.3506/94) y 20-10-99 ( RJ 1999, 9497) (rec. 2713/97), entre otras, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional ( sentencias 58/1985 [ RTC 1985, 58] , 177/1988 [ RTC 1988, 177] , 171/1989 [ RTC 1989, 171] y 210/1990 [ RTC 1990, 210] , entre otras) que señala que "la Ley ocupa en la jerarquía normativa una superior posición a la del Convenio Colectivo, razón por la cual éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario por aquélla". Y más recientemente en la de 18 de enero de 2000 ( RJ 2000, 950) (rec. 4982/99) ha reiterado que la sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 1995 ( RJ 1995, 7087) , afirmaba que "tradicionalmente se ha sostenido que del carácter normativo del convenio colectivo deriva su sometimiento a las normas de rango superior, dentro del cuadro de las fuentes del derecho ( Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1988, de 10 octubre [ RTC 1988, 177] ). Que la norma pactada ha de sujetarse al derecho necesario establecido por la ley, de rango superior en la jerarquía normativa ( Sentencia del mismo Tribunal 58/1985, de 30 abril [ RTC 1985, 58] ). Y que la primacía de Ley sobre el convenio deriva de la sumisión de éste a lo dispuesto con carácter necesario por aquélla ( Sentencia del mismo Tribunal*

Por eso mismo, la facultad de “dispositivización” se presenta como relativa, al haber optado el legislador por instaurar un régimen jurídico para los descuelgues con la naturaleza de norma de derecho necesario no disponible en los aspectos fundamentales de su configuración institucional<sup>945</sup>. Por ejemplo, imposibilidad de blindaje frente al descuelgue<sup>946</sup>, incluyendo el sometimiento a plazos determinados para ponerlo en marcha<sup>947</sup>, preceptiva necesidad de acuerdo sin posibilidad alguna de unilateralidad<sup>948</sup>, materias susceptibles de inaplicación<sup>949</sup>,

---

210/1990, de 20 diciembre [ RTC 1990, 210] )”. F.J. 2º de la sentencia de 15 octubre 2007, RJ 2007\9308, en recurso de casación núm. 47/2006.” (negrita del que suscribe)

<sup>945</sup> SEMPERE NAVARRO, A. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “El descuelgue salarial tras la Ley 35/2010”, *Aranzadi doctrinal* núm. 8/2010 (Estudio), westlaw BIB 2010\2383, <http://www.westlaw.es>, págs. 7 y 8: nos encontraríamos ante una norma de *ius cogens*, surgida precisamente para impedir que se fijaran en los convenios colectivos requisitos tan exigentes como los que se venían imponiendo en la negociación colectiva: Por ello, a la vista de que el sistema de relaciones laborales no estaba suficientemente maduro, decide el legislador restringir el papel fundamental que hasta la reforma de 2010 se atribuía a los convenios colectivos supraempresariales

<sup>946</sup> Con respecto al blindaje, con la normativa anterior, determinados autores, BAYLOS GRAU, A.: “Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva”, *RRLL*, nº 17/18, 1994, pág. 330 o CASAS BAAMONDE, M<sup>o</sup>.E.: “Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de interés”, *RRLL*, 1995, nº 4 y 5, defendieron tras la reforma laboral del 94 la posibilidad del blindaje argumentando que el precepto llamaba a la negociación colectiva y que la exclusión del descuelgue sería una manifestación de autonomía colectiva como cualquier otra. La posición sería válida a nuestro entender con la redacción del anterior 82.3 ET pues el diseño de los procedimientos y condiciones del descuelgue residía en el convenio supraempresarial, pero no podría seguirse con el nuevo diseño de la institución.

<sup>947</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 387, ha defendido que no se podría por convenio limitar la facultad empresarial de plantear la inaplicación en cuanto se plantee el presupuesto de hecho habilitante, posición que compartimos plenamente pues se caería de nuevo en los mismos errores de ciertos convenios con la redacción precedente de la norma.

<sup>948</sup> Ni siquiera en las posiciones más extremas a favor de la dispositivización plena se entendía posible instaurar en el convenio colectivo la unilateralidad en la toma de la decisión del descuelgue, con la cual la “plenitud” no era tal sino que se encontraba sujeta a ciertos límites, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial”, *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 115: “la regla supone una plena “dispositivización” del procedimiento legal a favor de la negociación colectiva; salvo quizá la duración máxima del período de consultas que parece imperativa” “al límite nunca podrán consistir en su dejación a la decisión unilateral de la empresa, porque entonces se desvirtuaría la lógica “colectiva” en la que se inserta la institución”. Ciertamente es que también existieron al hilo de la reforma posiciones que defendieron esta posibilidad, DEL REY GUANTER, S.: “Las medidas sobre la flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 107/2010, Monográfico sobre la reforma laboral, pág. 181 o LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 22, diciembre de 2010, pág. 2638, no lo compartimos.

<sup>949</sup> En sentido contrario, CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 376 y 377: “El carácter cerrado del listado de materias previsto en el art. 82.3 ET ... no cierra la posibilidad de que esta limitación pueda extenderse salvo previsión expresa en contrario, de manera que el propio convenio colectivo pueda admitir que otras materias, además de las previstas legalmente, puedan ser objeto de descuelgue. Tampoco parece

procedimiento, duración máxima de las consultas <sup>950</sup>, sujetos legitimados para la negociación <sup>951</sup>, o posibilidades en materia de la gestión del desacuerdo, fundamentalmente, en lo que se refiere a la última posible fase <sup>952</sup>.

Como hemos apuntado líneas arriba, lo contrario conduciría al absurdo de retornar a la situación anterior al proceso reformador iniciado en el año 2010. En este sentido, ya se pueden encontrar textos de convenios colectivos en los que las partes han impuesto un procedimiento diferente al contemplado en la Ley, hasta el punto de prácticamente bloquearse la posibilidad de descuelgue en el caso de no ser autorizado por determinado organismo, en concreto, por la comisión paritaria del convenio <sup>953</sup>, en una regulación que a nuestro juicio contraviene claramente el régimen jurídico legal.

---

*incompatible con la opción de que los acuerdos interprofesionales o sectoriales incluyan precisiones al respecto con base en el art. 83 ET, que amplíen el juego de los acuerdos de inaplicación, aunque en tales casos probablemente haya que pensar que no se deba aplicar necesariamente el procedimiento previsto en el art. 82.3 ET, salvo remisión expresa del propio convenio"*

<sup>950</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: "Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna", en VV.AA. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 121. BLASCO PELLICER, A.: "La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010", en VV.AA., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 72.

<sup>951</sup> En una interpretación que no compartimos por entender que se trata de una regulación de derecho necesario, GARCÍA VIÑA, J.: "Los sujetos titulares de las consultas. Legitimación negocial", Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 4, el art. 41.4 ET "*permite que el sistema de negociación, y también de legitimación, puede ser establecido no en el propio Estatuto de los Trabajadores, sino en el convenio colectivo, ya que se refiere a "Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva"...*" "*Se permite que por convenio colectivo se establece (establezca) el régimen legal a aplicar en estos periodos de consultas, ya que permite regular "procedimientos específicos", de esta manera es posible que los sujetos negociadores del convenio puedan establecer mecanismos diferentes de negociación, en los que el régimen relativo a la legitimación también sea distinto, aunque con respeto a los principios que se desprenden del Estatuto de los Trabajadores.*"

<sup>952</sup> Ciertamente es que las propias partes negociadoras, en uso de su autonomía colectiva, en algunos convenios colectivos han optado por la resolución de la controversia a través de un arbitraje obligatorio, posibilidad perfectamente válida; por ejemplo, V Convenio colectivo del Sector de la Construcción, BOE de 15 de marzo de 2012, en cuyo art. 17 ap. 5 las partes se comprometen a que, una vez sometida la controversia a la comisión paritaria, ésta no hubiera sido resuelta, someterse a un arbitraje vinculante en el ASAC. En parecidos términos en cuanto a la obligatoriedad de arbitraje ante el ORECLA de Cantabria, disposición adicional del Convenio colectivo de empresas consignatarias de buques y contratistas de carga y descarga, BOC de 30 de septiembre de 2013.

<sup>953</sup> Expresivo el supuesto del art. 35 del Convenio colectivo de limpieza pública, riegos, recogida de basuras, limpieza y conservación de alcantarillado de la Provincia de León, BOP de 6 de septiembre de 2013, en el que se supedita el descuelgue salarial a la previa autorización de la comisión paritaria. En parecidos términos, en otros supuestos se supedita la solución a la aceptación o no por la paritaria, lo que contraviene claramente la norma, es el supuesto de Convenio colectivo de manipulado y envasado de frutas, hortalizas y patatas de la Provincia de Granada, art. 49, BOP de 3 de octubre de 2013. O el Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la Provincia de Castellón, BOP de 10 de agosto de 2013, en cuyo art. 34 se somete la inaplicación a la decisión exclusiva de la comisión paritaria. O en el Convenio colectivo de ayuda a domicilio de Sevilla, art. 42, BOP de 24 de agosto de 2013. O del art. 61 del Convenio colectivo de comercio en general de la Provincia de Guadalajara, BOP de 28 de octubre de 2013, en el que la comisión paritaria se arroga de una funciones que no le corresponderían en esos

#### 4.3.- La duración del período de consultas

La duración del período de consultas en los procedimientos de descuelgue se regula en el art. 41.4 ET por remisión del art. 82.3 ET, en un nuevo ejemplo de la regulación transversal en la norma en materia de procedimiento. No obstante, experimenta un cambio importante a partir de la reforma laboral iniciada en junio de 2010.

Si con la redacción anterior, vigente hasta el 16 de junio de 2010, el plazo de los quince días del período de consultas estipulado en la norma se constituía como un mínimo<sup>954</sup>, tras la promulgación del Real Decreto Ley 10/2010, el plazo se configura como un máximo<sup>955</sup>, lo que evidencia la voluntad del legislador de reforzar los instrumentos de flexibilidad interna, propósito que se instrumenta, entre otros, dotando al período de consultas de una agilidad de la que carecía hasta el momento mediante la limitación de su duración máxima<sup>956</sup>.

Tras la sucesivas reformas del precepto del art. 41.4 ET, la regulación continúa en los mismos términos, un período de consultas de duración no superior a los quince días.

No obstante, en la convalidación parlamentaria de la norma de urgencia a través de la Ley 35/2010, desapareció de la redacción del art. 41.4 ET cualquier alusión al carácter “improrrogable” del período de consultas, a pesar de que la referencia se mantenía en el preámbulo de la Ley. En estos términos, enseguida se plantean entre los intérpretes de la reforma dudas en relación con las posibilidades de ampliación de la duración del período de consultas.

Para un sector mayoritario de la doctrina, la supresión del calificativo “*improrrogable*” favorecía una interpretación en la que fuera posible la conclusión de un acuerdo más allá del plazo máximo de los quince días por voluntad de las partes negociadoras, expresa o tácita<sup>957</sup>. Para otros autores, por el contrario, el plazo sería en todo caso imperativo e improrrogable<sup>958</sup>.

---

términos con la Ley en la mano, dilatando el procedimiento. En similares términos, art. 4 del Convenio colectivo de hostelería de Sevilla, BOP de 17 de octubre de 2013, en el que más allá incluso, aún en el supuesto de acuerdo entre empresa y representantes, en una palpable vulneración de la norma, se prevé la posibilidad expresa de “veto” por parte de la comisión paritaria, etc...

<sup>954</sup> En la redacción anterior al RDLey 10/2010 se establecía que “...deberá ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no inferior a quince días...”

<sup>955</sup> La redacción del art. 41.4 tras RDLey 10/2010: “... deberá ir precedida en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores de un período de consultas con los mismos de duración no superior a quince días improrrogables ...”

<sup>956</sup> En el preámbulo del Real Decreto Ley 10/2010 y de la Ley 35/2010 queda palpable la intención del legislador en este sentido: “Respecto de las modificaciones introducidas en los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, se persigue dotar al procedimiento de mayor agilidad y eficacia. Para ello se establece el carácter improrrogable del plazo previsto para los períodos de consultas, ...”

<sup>957</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 22, diciembre de 2010, pág. 2636, el plazo máximo de 15 días se constituye en una norma de derecho necesario por lo que puede ser exigido por el empresario; En todo caso, nada impediría una prórroga pues ya no se califica como improrrogable, como en el RDL. SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: “La reforma de los artículos 40 y 41 ET”, en AA.VV., *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (Dir. ALFREDO

En realidad, y pese al tenor literal de la norma cuando refiere una duración no superior a quince días, estamos de acuerdo con los intérpretes que mantienen que, dada la finalidad de las consultas, la duración de las mismas puede considerarse como un elemento accidental en aras a la consecución del acuerdo, por lo que sería posible prorrogar su duración por encima del plazo máximo legal, pero siempre previo acuerdo entre las partes <sup>959</sup>. En este sentido, el plazo máximo resultaría ser una garantía para el empresario que únicamente estaría obligado a negociar durante ese período sin que unilateralmente se le pudiera imponer su prolongación <sup>960</sup>.

Superado el plazo de los quince días, ninguna de las partes podría compeler a la otra a prolongar artificialmente la negociación bajo el argumento de que si se entendiera así, se restaría toda eficacia a las medidas de flexibilidad interna. Ahora bien, continuando la negociación abierta, *“impedir que llegue a buen puerto, cuando sea necesario un período más prolongado de negociación, quebraría la finalidad esencial del período de consultas, que es alcanzar acuerdos”* <sup>961</sup>. Por ello, se concluye que la consecución de un acuerdo más allá del período máximo de quince días no supondría por sí mismo la ilegalidad del acuerdo o la invalidez del mismo <sup>962</sup>.

---

MONTOYA MELGAR, FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ) Ed. Civitas, primera edición, febrero 2011, pág. 196, para quien las partes podrán pactar una mejora de la Ley en este punto y acordar extender el período de consultas. Llega a esta conclusión tras la eliminación del término improrrogable del RDL en la tramitación parlamentaria. En idéntico sentido, MELLA MÉNDEZ, L.: “Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 109/2011, 2º trimestre, pág. 47: alude al cambio en la redacción del RD-ley a la Ley 35/2010: mientras éste último calificaba el plazo de consultas como “improrrogable”, con lo que parecía estarse ante un plazo de derecho necesario absoluto, impidiendo a las partes la posibilidad de prorrogarlo por mutuo acuerdo, tal limitación parecía excesiva e inapropiada. Por ello, para la autora la Ley elimina tal calificativo, teniendo ahora una duración no superior a quince días, salvo acuerdo (expreso o tácito) de las partes en sentido contrario.

<sup>958</sup> LORENTE RIVAS, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág. 218, opina en sentido contrario: *“ya no puede ser prorrogado de ningún modo, ni mediando acuerdo entre los negociadores, puesto que el artículo 41, en esta vertiente procedimental es una norma de carácter imperativo”*

<sup>959</sup> En este sentido Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 10 de abril de 2014, en recurso 15/2014.

<sup>960</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, 18. Sigue criterio de BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 58, refiriendo doctrina judicial SSTSJ Castilla y León (Burgos) de 10 Abr. 2013, rec.156/2013 y 18 Abr. 2013, rec. 161/2013, Castilla y León (Valladolid) de 28 May. 2013, rec. 9/2013, Galicia de 2 May. 2013, rec. 10/2013 o SAN de 19 Sep. 2013, núm. 165/2013.

<sup>961</sup> SAN nº 165/2013, de 19 de septiembre de 2013, recurso 223/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana García

<sup>962</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 97. MUÑOZ MOLINA, J.: “Medidas para reforzar la flexibilidad interna negociada y delimitadoras del régimen de extinción del contrato”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 109/2011, 2º trimestre, pág. 52.

La principal consecuencia del establecimiento del período máximo de duración y su limitación a esos quince días sería por tanto la del decaimiento de la obligación de negociación de buena fe más allá de ese período máximo de los quince días <sup>963</sup>, no limitando la norma la posibilidad de las partes negociadoras para llegar a acuerdos más allá del plazo inicialmente previsto. Una interpretación contraria conduciría a la irracionalidad en el sentido de que sería necesario desistir del procedimiento instado para, inmediatamente a continuación, instar uno nuevo en el que poder concluir el acuerdo, esta vez sí, dentro del plazo legal <sup>964</sup>.

Cuestión distinta sería la de que, por la vía de las facultades de “dispositivización” del procedimiento, se establecieran períodos de negociación superiores a los de la norma. En este sentido, nos encontramos ante una previsión legal de modificación a la baja mediante negociación colectiva, no pudiendo en ningún caso un convenio colectivo o un acuerdo fijar una duración superior del período de consultas <sup>965</sup>.

Por lo que se refiere a la posibilidad de acortar su duración, la redacción de la norma se refiere a una duración no superior a los quince días, por lo que parece perfectamente posible una duración menor, pero siempre por acuerdo de las partes. De esta manera, la regulación reglamentaria en los supuestos de despidos colectivos y de suspensiones de contratos y reducciones de jornada posibilita acortar su duración en dos supuestos, por haberse alcanzado el correspondiente acuerdo entre las partes o, de común acuerdo, por entender que no resulta posible alcanzar aquél <sup>966</sup>. No obstante, constituyéndose las consultas como un derecho de los

---

<sup>963</sup> DEL REY GUANTER, S.: “Las medidas sobre la flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial”, Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, nº 107/2010, Monográfico sobre la reforma laboral, pág. 175 la conclusión de un acuerdo más allá de los 15 días no supondría su invalidez pero tiene una consecuencia muy importante, la obligación de negociar de buena fe para ambas partes se elimina (en el caso del 41.5 permitiría la adopción al empresario de la medida sin más dilación). LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”, Actualidad Laboral, nº 22, diciembre de 2010, pág. 2636, el plazo máximo de 15 días se constituye en una norma de derecho necesario por lo que puede ser exigido por el empresario. BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010”, en VV.AA., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 110: en la práctica, con esta regulación legal la consecuencia iría más en el sentido de que, agotado el plazo de los 15 días, el empresario podría negarse a seguir negociando más que a la imposibilidad de prorrogar el plazo por mutuo acuerdo.

<sup>964</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en VV.AA. La reforma laboral en la Ley 35/2010, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 110: “en el peor de los casos, desistir el empresario de su inicial petición y volverla a plantear”

<sup>965</sup> BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010”, en VV.AA., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, si bien referido al despido pero aplicable a las MSDCT, estamos ante una previsión legal de modificación a la baja mediante negociación colectiva, pero en ningún caso podrían un convenio colectivo o acuerdo fijarlo en más días.

<sup>966</sup> Art. 7.5 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

representantes de los trabajadores, sólo por consenso sería posible acortar su duración <sup>967</sup>, sin que en principio exista impedimento legal alguno a períodos de consulta hasta incluso el límite de un solo día <sup>968</sup>. Resultando el criterio determinante para decidir sobre la validez o no de las consultas no el de su duración sino el de la existencia de un verdadero debate sobre las causas y, por tanto, de una verdadera negociación sobre las posibilidades para evitar o reducir sus efectos, convalidándose en estos casos períodos de consulta de duración mínima en el tiempo <sup>969</sup>.

En lo que se refiere al inicio del cómputo del plazo de los quince días del período de consultas, el cómputo del plazo debe comenzar no desde la notificación a la otra parte de la comunicación de la apertura de las consultas, sino desde el momento en que se hubiera aportado a los representantes la información y documentación necesarias <sup>970</sup>. En apoyo de esta interpretación, la aplicación analógica del Reglamento de los procedimientos despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, en el que se impone la exigencia de entrega de la documentación preceptiva desde el inicio del período de consultas <sup>971</sup>.

Un problema añadido en materia de plazos se planteaba en relación con el plazo máximo de los quince días en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores.

El tenor literal de la norma, en su anterior redacción <sup>972</sup>, configuraba los plazos de designación de las comisiones sindicales y *ad hoc* y los plazos del período de consultas como simultáneos, lo que conducía a la irracionalidad de reducirse los plazos de negociación efectiva en los supuestos designación de estas comisiones <sup>973</sup>. En este sentido, la redacción del precepto no tenía en cuenta la posibilidad de designación de estas comisiones a estos efectos del plazo de los quince días.

---

<sup>967</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, 18.

<sup>968</sup> En este sentido, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Tercera, de fecha 18 de julio de 2014, Ponente Rosario García Álvarez, F.J. 3º apartado a).

<sup>969</sup> Ejemplo, el supuesto resuelto en la Sentencia 1090/2013 de la Sala de lo Social del País Vasco, Sección 1ª, de fecha 11 de junio, en recurso 916/2013, F.J. 6º, Ponente Emilio Palomo Balda.

<sup>970</sup> LORENTE RIVAS, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág. 218,

<sup>971</sup> Artículo 7. 1. Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

<sup>972</sup> Establecía el legislador en el apartado 41.4 párr. 5º en su anterior redacción tras Ley 35/2010: “En todos los casos, la designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo.”

<sup>973</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 103, calificaba de absurda la regla pues hasta que no hubiera designación de comisión *ad hoc* no habría negociación en sí.

Ahora, con la redacción del art. 41.4 ET tras promulgación del Real Decreto Ley 11/2013, la comisión representativa de los trabajadores debe quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del período de consultas, pues se impone la comunicación previa fehaciente a los trabajadores o sus representantes de la intención de iniciar el procedimiento. Además, la Ley establece un plazo máximo para la constitución de la comisión de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores en cuyo caso el plazo será de quince días. En esta nueva regulación, por tanto, ya no se producen los solapamientos anteriores en el nombramiento de las comisiones *ad hoc* y el plazo de las consultas, novedad sin duda que debe ser bien recibida.

Para terminar con el examen de las cuestiones referidas a la duración del período de consultas, la norma previene expresamente la posibilidad de que empresa y representantes de los trabajadores acuerden “*en cualquier momento*” su sustitución por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa. En este sentido, si efectuáramos una interpretación literal del precepto, podría ser que las partes negociadoras, ante el bloqueo de la negociación, decidieran la sustitución de común acuerdo en el último día del plazo legal para alcanzar el acuerdo, dado que la norma no impone restricción en este sentido.

Como no parece una interpretación lógica la de concluir que el plazo para el desarrollo de la mediación o arbitraje corran en paralelo al plazo de los quince días del período de consultas, un amplio sector doctrinal propone que el plazo de los quince días comience a computar desde el acuerdo de sustitución<sup>974</sup>, pues una interpretación literal conduciría al absurdo<sup>975</sup>. Por ello, se impone una interpretación correctora salvo en el único supuesto de que fuera posible poner el procedimiento unilateralmente por una de las partes, como ocurre con la mediación en el ASAC V<sup>976</sup>.

---

<sup>974</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, en VV.AA., *La reforma del mercado de trabajo*, Dirección GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J), Ed. Lex Nova, Valladolid 2010. ALFONSO MELLADO, C.L.: “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en VV.AA. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 115 y en “Novedades en materia de arbitraje y experiencias en el Tribunal de Arbitraje Laboral en la Comunidad Valenciana”, Ponencia XII Jornadas de la Fundación SIMA 2010, pág. 16. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Cláusulas de descuelgue empresarial”, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág 250. ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO PELLICER, A., CAMPS RUIZ, L.M., GOERLICH PESET, J.Mª., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2010, pp. 110 a 115. LANTARÓN BARQUIN, D.: “Novedades normativas y proyección de la reforma laboral de 2010 en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24 (2011), p. 6.

<sup>975</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p. 3, “*el plazo máximo previsto para las consultas debe computarse desde el momento en el que se acuerde acogerse a la mediación o al arbitraje*”

<sup>976</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid,



Esta conclusión conllevaría, no obstante, la necesaria adaptación de los plazos actuales de los acuerdos interprofesionales<sup>977</sup>.

También se plantea la alternativa de limitar la facultad de acordar la sustitución a los primeros días del período de consultas, pero creemos que la solución es menos efectiva en la práctica pues se acortarían los plazos de negociación<sup>978</sup>.

#### *4.4.- La posibilidad de “reconversión” del período de consultas inicialmente negociado en el contexto de un despido colectivo en procedimiento válido de descuelgue*

A partir de la entrada en vigor de la nueva regulación en materia de inaplicación, se plantea el debate en relación con las posibilidades de adopción de un descuelgue de convenio colectivo en el contexto de un procedimiento inicialmente configurado como de despido colectivo.

Doctrina científica y judicial se posicionan unánimemente en el sentido de la posibilidad de “reconversión” de las consultas. El argumento es concluyente: siendo la naturaleza del período de consultas la de un verdadero espacio de negociación colectiva, la transformación sobrevenida de la inicial intención empresarial de proceder a un despido colectivo durante el desarrollo de las mismas encuentra perfecto encaje en la finalidad de la norma<sup>979</sup>.

---

21 de noviembre de 2013, p. 39: *“Existe otra posible interpretación, que tampoco es estrictamente respetuosa con la literalidad legal, pero que, al menos, permite armonizar las finalidades perseguidas por la norma -facilitar el acuerdo pero evitando que se produzcan dilaciones injustificadas en las decisiones de las empresas- con los criterios interpretativos consolidados en relación con la duración máxima de las consultas (supra, 3.1.a)). Se trata de entender que la necesidad de desarrollar el procedimiento dentro de la duración máxima de las consultas actúa únicamente cuando el mismo puede ser puesto en marcha unilateralmente. Es lo que ocurre con la mediación en el ámbito del ASAC-V y, precisamente por ello, la previsión transcrita más arriba se establece en este terreno. Por el contrario, los márgenes de disposición de la duración de las consultas a los que me he referido más arriba permitirían entender que, en caso de que el recurso al procedimiento sea de común acuerdo -como resulta necesario en el caso del arbitraje (art. 18 ASAC-V)-, es posible entender que el procedimiento puede desarrollarse válidamente incluso si culmina fuera de la duración inicialmente prevista para las consultas.”*

<sup>977</sup> GARCÍA-PERROTE, I.: “Las novedades en materia de mediación y arbitraje de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, Ponencia XII Jornadas de la Fundación SIMA 2010, pág. 2: habría que adaptar la regulación existente de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos.

<sup>978</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: “Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 109/2011, 2º trimestre, p. 45, limitar esta facultad de sustitución a los 3 ó 5 primeros días.

<sup>979</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la *Negociación Colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 1: *“De este modo, la iniciación de las consultas por la empresa en vistas al desarrollo de un despido colectivo no impide la transformación sobrevenida de la intención empresarial durante las mismas, sustituyéndolo por otras medidas de flexibilidad, o combinándolo con ellas. Ello supone, indirectamente, transformar estos procedimientos en verdaderos espacios de negociación colectiva.”*

Es la propia Ley la que establece que la negociación en el supuesto específico del despido colectivo deberá ir dirigida a tratar de “evitar” o “reducir” los efectos y atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento. De este modo, determinada doctrina judicial argumenta con acierto que *“no sólo es legalmente posible, sino que es voluntad del legislador que en el período de consultas se negocie, entre otras alternativas para evitar o reducir los efectos del despido en el plan de acompañamiento, la inaplicación del convenio colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el art. 82.3 ET”*<sup>980</sup>. A mayor abundamiento, se apunta como argumento a favor de la reconversión el de la regulación más garantista del procedimiento de despido colectivo<sup>981</sup>.

En este contexto, la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente sobre el carácter alternativo de las medidas de flexibilidad interna en procesos de despidos colectivos, concluyendo que su concertación no sólo supone un contenido lícito de la negociación sino conveniente del acuerdo en el período de consultas, *“ya que sería absurdo y perjudicial para la coherencia de los acuerdos que ante una misma situación de crisis se fragmentara la negociación de las medidas adecuadas para hacer frente a aquélla”*<sup>982</sup>. La clave se residencia en el efectivo cumplimiento de la negociación en las consultas<sup>983</sup>.

En todo caso, el debate lo cierra el propio legislador en sentido afirmativo a partir de la recepción en la norma de esta posibilidad tras el desarrollo reglamentario de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión y reducción temporal de jornada,

---

<sup>980</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional nº 140/2013, de fecha 4 de julio de 2013, en procedimiento 169/2013, Ponente Ricardo Bodas, F.J. 9º.

<sup>981</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 23: *“El hecho de que la tramitación de las consultas en todos estos casos se acomode a criterios similares y que precisamente la regulación del despido colectivo sea la más garantista de todas ellas permite alcanzar esta conclusión...”*

<sup>982</sup> STS de 16 de septiembre de 2013 en recurso 45/2012, Ponente Desdentado Bonete, F.J. 4º, al respecto de la posibilidad de concertación de una medida de movilidad geográfica en el contexto de un expediente de regulación de empleo: *“En realidad, lo que sostiene la parte es que el expediente de regulación de empleo no era el procedimiento idóneo para aprobar medidas de movilidad geográfica, que tenían necesariamente que ajustarse a lo previsto en el art. 40.2 del ET. Pero, como ya se ha indicado, estas medidas son alternativas a los despidos colectivos y, por tanto, **constituyen no solo un contenido lícito, sino también conveniente del acuerdo en el periodo de consultas, ya que sería absurdo y perjudicial para la coherencia de los acuerdos que ante una misma situación de crisis se fragmentara la negociación de las medidas adecuadas para hacer frente a aquélla.** Lo importante es que se haya cumplido la exigencia del artículo 40.2 del ET, no el marco del procedimiento en que lo ha sido, siendo secundario el conocimiento de la Administración, que además en el presente caso lo ha tenido. El hecho de que la autoridad laboral se haya limitado en sus resoluciones a autorizar los despidos en nada puede alterar estas conclusiones, pues solo aquéllos requerían autorización administrativa, bastando para la movilidad geográfica el acuerdo con los representantes de los trabajadores.”* (Negrita del que suscribe)

<sup>983</sup> En la misma línea, Auto del Tribunal Supremo, de fecha 18 de junio de 2013, en recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2685/2012, ponente José Manuel López García de la Serrana.

habiéndose descartado por la doctrina que nos encontremos ante un supuesto de regulación *ultra vires* del precepto legal <sup>984</sup>.

En consecuencia, en el propio Reglamento se prevé expresamente la posibilidad de acordar la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos en el seno de la negociación de un despido colectivo como medida alternativa para evitar o reducir sus efectos. Más allá incluso, se ampara la concertación de otras medidas de flexibilidad interna como la movilidad funcional, movilidad geográfica, o las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo <sup>985</sup>.

Tanto es así que, consecuentemente, la propia norma impone la necesidad de proceder al depósito del acuerdo de inaplicación cuando el acuerdo alcanzado en el contexto del despido colectivo incluyera la inaplicación de alguna de las condiciones de trabajo del convenio ex art. 82.3 ET <sup>986</sup>, con lo que confirma expresamente esta posibilidad. Más allá, en el propio desarrollo reglamentario en materia registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo <sup>987</sup>, se prevé igualmente que deberán ser objeto de depósito los acuerdos de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos ex art. 82.3 ET cuando tales acuerdos se hubieran alcanzado durante el período de consultas en un procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o de reducción de jornada <sup>988</sup>. Procede aclarar que, a estos efectos, la remisión en el listado reglamentario junto a cada una de las medidas de flexibilidad interna a su propia normativa reguladora tendría un alcance limitado, pues se referiría a la ordenación sustantiva de la institución correspondiente; en este sentido, “las

---

<sup>984</sup> Descartando el carácter *ultra vires* de la regulación del art. 8 Real Decreto 1483/2012 FALGUERA BARÓ, M.A.: “El acuerdo en el período de consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, refiriendo la STS de 16 de septiembre de 2013, CENDOJ STS 4783/2013, p. 71 y ss tal y como se había apuntado desde la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

<sup>985</sup> Art. 8.1 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre: “1. A efectos de lo establecido en el apartado 1 del artículo anterior, entre las medidas para evitar o reducir los despidos colectivos se podrán considerar, entre otras, las siguientes: ... e) Inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.”

<sup>986</sup> Disposición Adicional quinta del Real Decreto -Obligación de depósito de los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas que supongan la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo-: “Cuando en el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas se incluya la inaplicación de lo dispuesto en el convenio colectivo en relación con alguna de las condiciones de trabajo a que hace referencia el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, la empresa deberá proceder en todo caso al depósito del acuerdo de inaplicación, conforme a lo previsto en la disposición adicional cuarta del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.”

<sup>987</sup> Nueva disposición adicional cuarta Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, introducida en disposición final tercera del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>988</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 89: “De hecho, la disp.. adic. 4ª RD 713/2010, sobre registro y depósito de convenios, añadida a este texto por el RD 1362/2012 admite esta reconversión de la tramitación también para los procedimientos de suspensión y de reducción de jornada (letra b))”

*reglas procedimentales vinculadas a su implementación colectiva son absorbidas por la tramitación igualmente colectiva del despido”*<sup>989</sup>.

Ahora bien, una cosa es que durante la negociación en el seno de un procedimiento de despido colectivo se puedan concertar acuerdos de descuelgue como medidas para evitar o reducir sus efectos y, otra diferente, la posibilidad de “reconvertir” directamente un procedimiento inicialmente instado como de extinción de contratos en uno de descuelgue.

En principio, en una interpretación finalista e integradora de la norma, la “intercambiabilidad” de los procedimientos sería perfectamente posible pero siempre con un límite, el de la buena fe negocial.

En este sentido, la exigencia de buena fe inherente al procedimiento de descuelgue jugaría, aún si cabe, un papel reforzado en estos supuestos de “reconversión” de iniciales propuestas de despidos colectivos en medidas de flexibilidad interna al objeto de evitar posibles situaciones de abuso de derecho o de fraude de ley. No parece discutible que existirá una mayor disposición al acuerdo entre los representantes de los trabajadores en los supuestos de haberse propuesto inicialmente medidas de flexibilidad externa consistentes en despidos que en el de planteamientos de flexibilidad interna. Desde esta perspectiva, una negociación planteada inicialmente como de flexibilidad externa a sabiendas de la inexistencia de causas con el único objetivo de forzar la consecución de un acuerdo de descuelgue contravendría la buena fe negocial al lindar con la figura del abuso de derecho<sup>990</sup>.

Ahora bien, una vez “reconvertida” la negociación hacia la medida del descuelgue, en contra del criterio de algún sector doctrinal<sup>991</sup>, la falta de acuerdo tras el período de consultas no impediría la prosecución del procedimiento, si bien “reconvertido” a uno de inaplicación, debiendo darse por correctamente cumplimentado el trámite de la fase inicial. En este sentido, acreditadas las razones alegadas por la empresa, el énfasis deberá ponerse más en la propia constatación de la realidad de la situación expuesta inicialmente y en el obligado cumplimiento de las exigencias de la buena fe negocial que en la posible existencia o no de acuerdo<sup>992</sup>.

---

<sup>989</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 23

<sup>990</sup> FALGUERA BARÓ, M.A.: “El acuerdo en el período de consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, p. 76: “Pese a ello, parece evidente que la transversalidad en el acuerdo resulta posible si el empleador respeta siempre el principio de buena fe y no incurre en abuso de derecho (lo que ocurriría, por ejemplo, si la empresa es consciente de que no existe causa de despido suficiente siendo el objeto de la reestructuración un descuelgue del convenio y/o una modificación sustancial de las condiciones de trabajo pero, sin embargo, se plantea inicialmente un período de consultas con finalidades extintivas, a fin y efecto de cobrar ventaja en la negociación)”...

<sup>991</sup> FALGUERA BARÓ, M.A.: “El acuerdo en el período de consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, p. 76

<sup>992</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 28/2014, de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso 356/2013, Ponente López Parada: “Se alega que la negociación simultánea de un despido colectivo desequilibró la negociación a favor de la empresa, puesto que no es lo mismo negociar una inaplicación de convenio y una modificación sustancial, junto con un despido masivo, que si no se hubiera activado

Cuestión diferente la de la posibilidad de instar de manera simultánea diferentes medidas de flexibilidad interna. Por ejemplo, descuelgues y suspensiones y reducciones temporales de jornada.

En respuesta a esta cuestión, la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha convalidado el criterio en el sentido de que la puesta en marcha de varias medidas simultáneas no significa forzosamente que sean incompatibles entre sí, sentando jurisprudencia en el sentido de que pudiera darse el caso de que todas ellas fueran necesarias por no bastar la adopción de alguna de ellas o, más allá incluso, de que resultara acreditado en el seno de la negociación la no necesidad de la concreción alguna de ellas en particular <sup>993</sup>.

---

*dicha amenaza ... La Sala no comparte la tesis de los demandantes, aunque es cierto que la retirada de los despidos, tras concluir sin acuerdo el período de consultas, constituye una actitud atípica por parte de la empresa, quien mantuvo que no tenía más remedio porque no tenía liquidez para hacer frente a las indemnizaciones... la conducta lógica de la empresa habría sido proponer la retirada de los despidos durante el período de consultas, en cuyo caso si podría presumirse que la medida de flexibilidad externa era puro artificio, con lo que habría logrado con razonable seguridad que los representantes de los trabajadores flexibilizaran sus posiciones, pero no habiéndolo hecho así, parece evidente que la retirada posterior de la medida trae causa en la imposibilidad material de ejecutarla por falta de liquidez."*

<sup>993</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 26 de noviembre de 2014, en recurso 240/2013, Ponente Miguel Ángel Luelmo Millán, F.D. único.

## CAPÍTULO V.- LA GESTIÓN DEL DESACUERDO EN EL PERÍODO DE CONSULTAS

Una vez constatada la imposibilidad de alcanzar un acuerdo durante la negociación desarrollada en el inicial período de consultas, el legislador diseña en la Ley toda una batería de medidas destinadas a conseguir el efectivo desbloqueo de la negociación, en lo que se ha venido a denominar como la “gestión del desacuerdo”. En el presente capítulo vamos a ocuparnos de analizar expresamente estas fases del procedimiento previstas en la búsqueda de la solución.

El objetivo es claro, concibiéndose la institución de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio como un mecanismo de adaptación de las condiciones de trabajo que se presenta como una alternativa real al despido, se pretende una efectiva solución de la discrepancia. Y en este escenario, tres son las fases que se prevén para la solución del posible conflicto más allá de la inicial del período de consultas.

Una segunda fase, potestativa, ante la comisión paritaria del convenio colectivo, para que sea ésta la que resuelva la controversia. De no habersele sometido la discrepancia a la paritaria, o, en su caso, no haber resuelto la discrepancia en caso de intervención, una tercera fase, ya obligatoria, ante los correspondientes órganos estatales o autonómicos de solución autónoma de conflictos creados mediante acuerdos interprofesionales ex art. 83 ET. Por último, de no resultar aplicables los procedimientos de solución autónoma ex art. 83 ET o no haber resuelto el conflicto en su caso, una cuarta fase, subsidiaria de las anteriores, en la que el conflicto se someterá potestativamente a solicitud de una de las partes en conflicto al correspondiente órgano estatal o autonómico de composición tripartita con competencia en la materia para la resolución definitiva de éste, bien mediante decisión en su propio seno, bien mediante laudo de árbitro designado al efecto.

Como característica fundamental, mientras que en las fases seguidas ante la comisión paritaria del convenio colectivo o ante los órganos estatales o autonómicos de solución autónoma de conflictos ex art. 83 ET nos movemos en el terreno de la solución autónoma de los conflictos, en la última fase ante el órgano tripartito la resolución de la controversia lo va ser como consecuencia de un mecanismo de solución heterónoma del conflicto, lo que sin duda constituye una importante novedad en la reforma laboral de 2012.

### **1.- LA INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN PARITARIA DEL CONVENIO COLECTIVO EN LA SOLUCIÓN DE LAS DISCREPANCIAS EN EL PERÍODO DE CONSULTAS**

#### *1.1.- La atribución legal a las comisiones paritarias de competencias en la solución de discrepancias en períodos de consultas en descuelgues*

Como decimos, una vez constatada la imposibilidad de alcanzar un acuerdo en el preceptivo período de consultas, el legislador asigna a la comisión paritaria del convenio colectivo competencia en la solución de la controversia directamente en la Ley y sin necesidad de previa habilitación convencional al efecto. En el esquema legal, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio que dispondrá de un plazo

máximo de siete días para pronunciarse sobre la misma<sup>994</sup>, competencia ésta que proviene de la reforma de la negociación colectiva operada en el año 2011<sup>995</sup>.

Dos son las características principales que se deducen del modelo legalmente propuesto. En primer lugar, nos encontramos ante un mecanismo de solución autónoma articulado desde la propia Ley, que no necesita por tanto de habilitación previa vía negociación colectiva. En segundo término, se trata de una opción potestativa para las partes, que sólo se activará si una de ellas decide instar el mecanismo, salvo que se hubiera previsto esta opción como obligatoria en el convenio colectivo de aplicación.

Entrando en el análisis de la nueva competencia ex art. 82.3 ET, no resulta cuestionable que la intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo en la materia de la solución de discrepancias se interpreta como una manifestación del derecho a la autonomía colectiva ex art. 37 CE<sup>996</sup>, resultando el convenio colectivo instrumento idóneo para el establecimiento de sistemas de solución autónoma de conflictos.

De hecho, ya antes de las últimas reformas en materia de negociación colectiva, tanto la doctrina científica<sup>997</sup> como la jurisprudencia del Supremo y del Constitucional<sup>998</sup> habían concluido que la intervención previa de la comisión paritaria en los conflictos laborales podía mantenerse sin ningún problema de constitucionalidad o de legalidad. Desde la perspectiva de que no se cerraba el paso a la solución procesal, que únicamente quedaba postergada a la espera de que la comisión paritaria emitiera su parecer<sup>999</sup>, su intervención se consideraba

---

<sup>994</sup> Nueva redacción del art. 82.3 párr. 7º ET dada por art. 14 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: *“En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada”*

<sup>995</sup> Art. 6 Cinco del Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva por el que se introduce un nuevo párrafo sexto al art. 82.3 ET con idéntica redacción.

<sup>996</sup> En este sentido, DURÁN LÓPEZ en “El laudo arbitral en los conflictos laborales”, *Relaciones Laborales*, Tomo 1, págs. 99 a 112, año 1993; o CASAS BAAMONDE, en sus trabajos “La solución extrajudicial de los conflictos laborales”, *Relaciones Laborales*, nº 16-17, 1992-II, pág. 38, y “Procedimientos de solución y reforma de la legislación laboral”, en *Solución extrajudicial de conflictos laborales, Consejo Económico y Social* de la Comunidad de Madrid, 1995, pág. 67

<sup>997</sup> ALFONSO MELLADO, A. y CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup>. B.: “La solución extrajudicial de conflictos laborales: Los acuerdos conciliatorios, mediadores y los laudos arbitrales”, pág. 753, en VV.AA., *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, (Coordinadores PÉREZ DE LOS COBOS-GOERLICH PESET), Tirant lo Blanch, Valencia 2006

<sup>998</sup> Entre las sentencias del Tribunal Constitucional, STC 162/1989, de 16 de octubre y la STC 217/1991, de 14 de noviembre; entre las del Supremo mencionaban la STS de 24 de enero de 1994, RJ 1994 370, la STS de 14 de marzo de 1994, RJ 1994 2347, la STS de 27 de marzo de 1996, RJ 1996 2497 y la STS de 28 de octubre de 1997, RJ 1997 7682

<sup>999</sup> Ciertamente es como señalaba CRUZ VILLALÓN en su artículo “La intervención de las comisiones paritarias de convenios colectivos en la resolución de conflictos”, *Revista de Política Social*, nº 146, abril-junio 1985, págs. 208 a 213, en las primeras resoluciones tras la promulgación de la Ley 8/1980, la jurisprudencia venía manteniendo una tradicional “actitud de prevención” con respecto a la posible

como una manifestación del principio de autonomía colectiva del art. 37 CE. Más en concreto, del derecho a la negociación colectiva y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo<sup>1000</sup>, encontrándose implícito en este último el del establecimiento de medios autónomos para la solución del conflicto<sup>1001</sup>.

No obstante, la propia dinámica negocial desarrollada en el terreno de los acuerdos interprofesionales de solución de conflictos, confirmaba una práctica restrictiva del ejercicio de estas competencias en materia de solución de conflictos por parte de las comisiones paritarias de los convenios. Funciones que, en la práctica, y al margen de las anteriores competencias legales ex art. 82.3 ET en su redacción anterior a la reforma del 2010, quedaban casi en exclusiva limitadas a la resolución de controversias en los conflictos jurídicos o de interpretación<sup>1002</sup>.

---

injerencia de las comisiones paritarias en ámbitos correspondientes a otros poderes o instituciones, interpretaciones fruto de una concepción estática de la negociación colectiva. No obstante, la instauración en convenios colectivos de procedimientos de sometimiento a comisiones paritarias nunca podría considerarse una cuestión de orden público laboral en tanto se trataría justo de lo contrario, *“establecer vías de solución pacífica y amigable a un conflicto, antes de acudir al remedio judicial”*, con lo que en modo alguno se soslayaría la tutela judicial.

<sup>1000</sup> Sentencia número 217/1991, F.J. 5º: *“La intervención de la **comisión paritaria del convenio colectivo es, pues, una manifestación del principio de autonomía colectiva**, y, más concretamente, del derecho de negociación colectiva (**art. 37.1 C.E.**) y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (**art. 37.2 C.E.**), entre las que se encuentran no sólo el planteamiento del conflicto [STC 74/1983], sino también las de crear medios propios y autónomos para solventarlo. Posibilidad esta última que, precisamente por ser una carencia de nuestro sistema de relaciones laborales señalada incluso en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), constituye un objetivo largamente perseguido por nuestras organizaciones empresariales y sindicales como han expresado con frecuencia los acuerdos interprofesionales. Pero es que, además, la necesidad de que sea la propia autonomía colectiva la que cree medios propios y autónomos de solución de los conflictos laborales no es sólo sentida por aquellas organizaciones, sino que es buscada y fomentada por el legislador y en general por los poderes públicos, por su potencial carácter beneficioso para el sistema de relaciones laborales.”* (Negrita del que suscribe)

<sup>1001</sup> F.J. 6º de la Sentencia número 217/1991, de fecha 14 de noviembre, en recurso de amparo 1850/1988, Ponente Fernando García-Mon: *“Y, como ya se ha anticipado, ese poder de regulación y ordenación consagrado en el art. 37.2 de la Constitución, **lleva implícito el de establecer medios autónomos de solución de los conflictos de trabajo**, especialmente en relación con las controversias que tengan su origen en la interpretación y aplicación del convenio.”* (Negrita del que suscribe)

<sup>1002</sup> Como se puso de manifiesto en SALA FRANCO, T. y ALFONSO MELLADO, C.: *Los acuerdos estatal y autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales. Análisis comparativo*, Consejo Económico y Social, primera edición marzo 2001, pág. 45, los acuerdos interprofesionales de solución autónoma de conflictos tradicionalmente venían limitando el campo de actuación de las comisiones paritarias al terreno exclusivo de los conflictos jurídicos de aplicación e interpretación. En este sentido, con base en la previsión de tres tipos de modos de solución extrajudicial de conflictos laborales, por decisión de la comisión paritaria del convenio, por conciliación-mediación y por laudo arbitral, la comisión paritaria del convenio sólo podría intervenir en la solución de los conflictos individuales o colectivos jurídicos de aplicación e interpretación del convenio, mientras que en la mediación y el arbitraje sí podrían resolverse conflictos universales, jurídicos, de intereses y extrasistemáticos, incluyendo entre estos últimos los conflictos sobre designación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga, los conflictos que dieran lugar a la convocatoria de una huelga, los conflictos derivados de un cierre patronal, los conflictos derivados de discrepancias en períodos de consulta del 40, 41, 47 y 51 y los conflictos derivados de desacuerdos en la comisión paritaria sobre los descuelgues salariales del 82.3 ET. Por lo tanto, desde esta perspectiva, la propia autonomía colectiva al



Consciente de esta situación, el legislador del 2011 da una “vuelta de tuerca” al papel de la comisión paritaria como mecanismo de solución autónoma de las discrepancias en período de consultas en materia de descuelgues <sup>1003</sup>, apostando desde la propia Ley por reforzar el papel de estos órganos paritarios de los convenios como “*primera instancia*” natural en la gestión del desacuerdo en descuelgues de convenio <sup>1004</sup>.

El matiz es importante, pues ya no se deja a la exclusiva voluntad de las partes negociadoras en el convenio colectivo, o en el acuerdo interprofesional, la intervención de la comisión paritaria como órgano de solución de las discrepancias. Es la Ley la que con “*renovado rigor*” hace reaparecer a las comisiones paritarias atribuyéndoles la función de pronunciarse sobre la discrepancia en materia de descuelgues “*sin requerir intermediación de la negociación colectiva*” <sup>1005</sup>. Es la propia Ley la que directamente procede a asignarle estas competencias, con independencia de lo que se establezca en los convenios colectivos <sup>1006</sup>.

La filosofía de las reformas es clara. Partiendo de un diagnóstico en materia de negociación colectiva en el que se detectaban importantes disfunciones <sup>1007</sup>, entre otras, las derivadas de

---

máximo nivel de negociación limitaba sobremanera las competencias en esta materia de las comisiones paritarias.

<sup>1003</sup> El objetivo era doble, introducir elementos de flexibilidad en la negociación colectiva y de constituir una alternativa como mecanismo resolutorio de discrepancias en los períodos de consultas en descuelgues: CRUZ VILLALÓN, J.: “Principales novedades del Real Decreto Ley 7/2011 de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva en materia de mediación y arbitraje”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p. 17

<sup>1004</sup> Así la califica OLARTE ENCABO, S.: “Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9/2014, parte *La reforma laboral*, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014, p. 9.

<sup>1005</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p. 13.

<sup>1006</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Principales novedades del Real Decreto Ley 7/2011 de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva en materia de mediación y arbitraje”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p. 18: “*A tal efecto, no debe pasar inadvertido que la norma estatal procede ahora a asignarles directamente concretas competencias, hagan lo que hagan los convenios colectivos al respecto. De otro lado, se fija una importante hoja de ruta respecto del resto de las competencias que pueden asumir de manera adicional las Comisiones Paritarias, que de facto provocará una casi automática recepción por parte de la generalidad de los convenios colectivos.*” En el mismo sentido PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011 p. 12: “*Por consiguiente, las comisiones paritarias que habían desaparecido de la gestión de los descuelgues, reaparecen ahora con renovado vigor. La ley misma, sin requerir la intermediación de la negociación colectiva, les atribuye la función de pronunciarse sobre la discrepancia en materia de descuelgue, cuando cualquiera de las partes las requiera para ello. La posibilidad, en efecto, de instar la intervención de la comisión paritaria en caso de desacuerdo sobre el descuelgue en el período de consultas la recoge la propia ley y, por tanto, en el supuesto de que el convenio colectivo no haya entrado a regular los términos y condiciones de esta intervención, tal omisión no obsta a la posibilidad de la partes de instar la intervención de la comisión paritaria ni a la posterior actuación de ésta.*”

<sup>1007</sup> Apartado II de la exposición de motivos al RD Ley 7/2011 “*Junto a virtudes evidentes, el sistema de negociación colectiva ha ido acumulando en este tiempo algunas disfunciones que le restan eficiencia y, particularmente, capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo y del propio modelo de relaciones laborales. Disfunciones que, con mayor o menor grado de acuerdo, han*

los problemas y dificultades para ajustar las condiciones de trabajo a las cambiantes circunstancias económicas y productivas en las empresas<sup>1008</sup>, el legislador pretende introducir mayores niveles de agilidad y dinamismo tanto en los procesos de negociación de los convenios colectivos como en sus contenidos. La finalidad es aumentar la pretendida capacidad de adaptación a los cambios en unos términos que equilibraran flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores. Y en este contexto<sup>1009</sup>, la norma expresamente añade a las funciones más clásicas de las comisiones paritarias, de aplicación e interpretación del convenio, las de la solución de discrepancias en materia de descuelgues, entre otras<sup>1010</sup>. En este sentido, de la lectura del actual art. 85.3 e) ET, se infiere que el legislador ha querido potenciar la negociación dinámica o continua estableciendo una regulación más abierta<sup>1011</sup>.

No obstante, pese a la coincidencia del legislador del 2011 y 2012 en la redacción de la norma en lo que se refiere a la posibilidad de sometimiento de la controversia a la comisión paritaria,

---

*sido diagnosticadas hace tiempo por todos aquellos sujetos que de una u otra manera actúan en la negociación colectiva: los propios interlocutores sociales, los académicos y los expertos y los poderes públicos.”*

<sup>1008</sup> Continuando con el propio Preámbulo de la citada norma de urgencia, “Un segundo grupo de problemas de nuestra negociación colectiva tiene que ver con sus contenidos y su agilidad y dinamismo. Nuestro modelo de convenios colectivos tiene dificultades para ajustar con prontitud las condiciones de trabajo presentes en la empresa a las circunstancias económicas y productivas por las que atraviesa aquélla en los diferentes momentos del ciclo o de la coyuntura económica. En no pocas ocasiones ello dificulta la adopción de medidas de flexibilidad interna en la empresa, esto es, la modificación de aquellas condiciones de trabajo aplicables a las relaciones laborales.”

<sup>1009</sup> Apartado V de la exposición de motivos al RD Ley 7/2011: “También pensando en el dinamismo de la negociación colectiva, **el nuevo texto pretende que se utilice la comisión paritaria del convenio para una más adecuada y completa gestión del mismo**, en consonancia con los objetivos generales de la reforma. La designación de la comisión paritaria se complementa en el nuevo artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores **con la determinación de importantes funciones atribuibles a la misma, como son las de solución de discrepancias en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial**, que tienen un tratamiento expreso en las nuevas redacciones que se dan al artículo 41.6 y en el 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, o incluso las de renegociación o adaptación del convenio a las circunstancias cambiantes que puedan aparecer durante el periodo de vigencia del convenio. Por otro lado, se refuerza la función clásica de la comisión paritaria, consistente en la aplicación e interpretación del convenio, al otorgarle el nuevo artículo 91 de la norma estatutaria intervención en los supuestos de conflicto colectivo con carácter previo al planteamiento formal del conflicto ante los órganos no judiciales o judiciales, de un lado y, de otro, al conferir a sus resoluciones la misma eficacia jurídica y tramitación que tiene el convenio colectivo. **En general, la reforma aspira a establecer mecanismos eficaces de solución no judicial de conflictos**, no solamente los que surgen durante la tramitación del convenio colectivo, sino también los derivados de la aplicación e interpretación del mismo o los producidos por la aplicación de medidas de flexibilidad interna.” (Negrita del que suscribe)

<sup>1010</sup> El Real Decreto Ley 7/2011 no sólo había ampliado el papel de la paritarias en la gestión de los descuelgues, en este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p. 10: “El RDL 7/2011, de 10 de Junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva ha ampliado significativamente el papel de las Comisiones paritarias de los convenios colectivos, en particular pero no sólo por lo que se refiere a la gestión de los descuelgues de convenio”.

<sup>1011</sup> Como se mantiene en la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 214/2013, de fecha 26 de noviembre de 2013, en recurso 301/2013, Ponente Manuel Fernández Lomana, F.J. 5º.

el modelo propuesto no es exactamente el mismo. Como quiera que a juicio del legislador no se había conseguido resolver la gestión efectiva del desbloqueo de los acuerdos en los períodos de consultas en descuelgues de convenios a pesar de los esfuerzos realizados <sup>1012</sup>, en febrero de 2012 se reforma nuevamente la materia.

En consecuencia, con una sistemática a nuestro juicio más adecuada a la lógica de la norma, el legislador de 2012 procede a dar una nueva redacción al precepto dedicado al contenido mínimo del convenio colectivo <sup>1013</sup>, suprimiéndose del mismo cualquier alusión expresa a las funciones de las comisiones paritarias en la solución de discrepancias en descuelgues <sup>1014</sup>. De este modo, la competencia de la paritaria en esta materia queda referida exclusivamente mediante el reenvío que se efectúa desde el propio art. 82.3 párr. 7º del ET de manera directa e indisponible para la autonomía colectiva. En consecuencia, y siempre respetando la opción prevista en el propio convenio colectivo ex art. 85.3 c) ET, el legislador busca la solución en la propia Ley, pasando de un dirigismo estatal inmediato en los procesos de negociación a un diseño estatal directo e imperativo <sup>1015</sup>.

No obstante, el aparente retorno en lo que se refiere al contenido mínimo del convenio colectivo a la situación anterior a la reforma del 2011, no supone ni mucho menos la desaparición de la posibilidad de que las partes negociadoras del convenio atribuyan funciones

---

<sup>1012</sup> Apartado IV del Preámbulo al Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral, BOE nº 36 de 11 de febrero: *“La última reforma del mercado de trabajo pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue, pero, a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis económica, no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno. La norma estatal no ha garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo”*

<sup>1013</sup> En este sentido, se suprime el anterior apartado h) del art. 85.3 ET redactándose un nuevo art. 85.3 e) ET en términos muy similares a los de la regulación anterior a la reforma del 2011: *“e) Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83.”*, manteniéndose el art. 85.3 c) en idénticos términos a estos efectos: *“c) Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tales artículos.”*

<sup>1014</sup> A través del artículo dos, apartado uno, del Real decreto Ley 7/2011 - Contenido y vigencia de los convenios colectivos-, se había incorporado un nuevo epígrafe h) al art. 85.3 del ET por el que se obligaba a los negociadores de los convenios colectivos a prever mecanismos para resolver las discrepancias en descuelgues en la comisión paritaria: *“h) Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, en particular las siguientes: ...3.º Los términos y condiciones para el conocimiento y resolución de las discrepancias tras la finalización del periodo de consultas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 41.6 y 82.3, respectivamente.”*

<sup>1015</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *“La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”*, *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 120.

a las comisiones paritarias en materia de solución de discrepancias en descuelgues en uso de su autonomía negocial <sup>1016</sup>. En realidad, con la nueva redacción del artículo dedicado al contenido mínimo, el legislador procede a eliminar declaraciones superfluas en el anteriormente “inflacionado” art. 85.3 h) ET en su versión del 2011 <sup>1017</sup>, más aún cuando la norma sigue exigiendo que los convenios colectivos incorporen procedimientos para la solución efectiva de las discrepancias en la negociación en los descuelgues <sup>1018</sup>.

---

<sup>1016</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p. 11 y 12: “*Las partes negociadoras del convenio en uso de su autonomía negocial pueden, en consecuencia, atribuir a las comisiones paritarias las funciones que estimen oportunas, sin que del hecho de que la ley contemple específicamente la intervención de las comisiones paritarias en los supuestos de discrepancias sobre los acuerdos de descuelgue, pueda deducirse que excluye su intervención en otros casos cuando el propio convenio lo prevea.*” En los mismos términos, CRUZ VILLALÓN, J.: “Principales novedades del Real Decreto Ley 7/2011 de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva en materia de mediación y arbitraje”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p. 20. En la posición contraria, y a nuestro juicio sin fundamento, se concluye que aunque el convenio estableciera la necesaria intervención de ésta, si ninguna de las partes lo solicitara “*cabe puentear a la comisión paritaria*” planteando la controversia directamente ante el SIMA o correspondiente órgano autonómico, OLARTE ENCABO, S.: “Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9/2014, parte *La reforma laboral*, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014, p. 12 y 13.

<sup>1017</sup> La “hipertrofia” del art. 85.3 h) ET tras Real Decreto ley 7/2011 había sido criticada ampliamente en la doctrina, fundamentalmente porque el tenor legal del art. 85.3 h) 3º, en lo que se refería a la competencia de la solución de discrepancias en materia de descuelgues, era lo suficientemente laxo como para permitir un significativo juego a la autonomía colectiva, que por otra parte podía terminar en una excesiva burocratización de las relaciones laborales, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011 p. 13. En este punto, resultan recurrentes entre los intérpretes posteriores a la norma de urgencia del 2011 las críticas en lo concerniente a la vaguedad e inconcreción en la redacción de la norma al referirse de manera genérica a los “*términos*” y “*condiciones*” para el conocimiento y resolución de las discrepancias tras la finalización del período de consultas en descuelgues ex art. 85. 3 h) 3º, desde quienes la consideraron directamente inefectiva, dado el amplio margen a los negociadores para establecer los procedimientos y plazos que estimaran conveniente y la existencia de esta posibilidad en la regla del art. 85 e) ET, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 125, hasta quienes manifestaron sus dudas acerca de la obligatoriedad o no del recurso a la comisión paritaria y sobre el alcance y los efectos del pronunciamiento, dado que no resultaría con tan imprecisa redacción de la norma un régimen obligatorio de imposición directa, GARRIDO PÉREZ, E.: “Negociación colectiva y sistemas de solución de conflictos”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 305 - *Voluntariedad u obligatoriedad en el recurso a las vías de solución recogidas en los arts. 41.6 y 82.3-*.

<sup>1018</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 118. En esta línea se concluye en el sentido de que no se altera en demasía la situación anterior dado que el actual art. 85.3 e) ET obliga a la designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, FERIA BASILIO, I.: “Las comisiones paritarias y las facultades negociadoras convencionales tras el trienio reformador”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y*

En este contexto, algunos autores interpretaron que la regulación del 2011 y el supuesto reforzamiento del papel de las comisiones paritarias tenía algo de reacción contra la anterior reforma del 2010, que en este punto había suprimido el protagonismo del convenio en la etapa 1994-2010<sup>1019</sup>. Más allá aún, se interpretaba como un intento de “*recentralización*” del régimen del descuelgue salarial para el supuesto del bloqueo de las negociaciones<sup>1020</sup>, en una apuesta del legislador por un mayor control desde la negociación colectiva sectorial<sup>1021</sup>. Sin descartar estos colaterales efectos, a nuestro juicio la filosofía de las reformas se orienta más en el terreno de otorgar mayor protagonismo a la comisión paritaria del convenio en la materia de la solución autónoma de los conflictos<sup>1022</sup>, sin obligar a las partes negociadoras a negociar forzosamente una serie de materias y a incluirlas en el contenido mínimo del convenio<sup>1023</sup>.

En todo caso, con la nueva regulación legal se consigue el efecto añadido de evitar la posible contradicción en este punto entre el anterior art. 85.3 h) 3º ET tras redacción del 2011 y el art. 85.3 c) ET, en cuanto que éste último imponía, y sigue imponiendo en la actualidad, a los convenios colectivos la necesidad de regular procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que pudieran surgir en la inaplicación. Por eso decimos que la opción del legislador del 2012 se presenta más coherente con la filosofía del art. 82.3 ET y

---

*Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 384 y 385.

<sup>1019</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las *XIII Jornadas de la Fundación SIMA*, 20 de octubre de 2011 p. 12, la nueva regulación y el reforzamientos del papel de las comisiones paritarias ex RDley 7/2011, “*tiene algo de reacción frente a la regulación contemplada en la Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, a la que viene a corregir*”.

<sup>1020</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial”, *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en *XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 118.

<sup>1021</sup> CALVO GALLEGU, F.J.: “Algunas notas sobre el papel de los sistemas extrajudiciales en los procesos de inaplicación de convenios estatutarios”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012

<sup>1022</sup> Para algún autor, MIÑARRO YANINI, M.: “La regulación legal de las competencias de las comisiones paritarias: más que un viaje de ida y vuelta”, *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en *XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 137, la razón de la reversión a una situación aparentemente cercana a la anterior a la reforma obedece al cambio del papel asignado a la autonomía colectiva en la adopción de decisiones de la empresa con trascendencia laboral, dado que el legislador reconoce mayores espacios a la norma imperativa mediante los que obra el reforzamiento del poder decisorio unívoco del empleador. No es posible defender esta tesis con la lectura del art. 82.3 ET en mano en relación con el art. 85.3 c) del mismo cuerpo legal.

<sup>1023</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012: “*verdadera limitación de la autonomía colectiva, obligada a negociar forzosamente sobre una serie de materias y a incluirlas, también forzosamente, en el contenido del convenio. Y ello pese a que el art. 85 ET se encabezara (y aún se encabeza) con una, podría decirse que irónica, proclamación de la libertad de contratación de las partes*”

menos invasora de la autonomía colectiva: dentro de unos límites infranqueables <sup>1024</sup>, entre ellos la intervención misma de la comisión sin condicionamientos <sup>1025</sup>, será la negociación colectiva la que determine la intervención de la propia paritaria, si secuencial o alternativa <sup>1026</sup>.

---

<sup>1024</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las *XIII Jornadas de la Fundación SIMA*, 20 de octubre de 2011 p. 13, “*Bien mirado, los negociadores sociales en la regulación de estos términos y condiciones sólo se hallan constreñidos por cuatro límites, que derivan de la regulación legal: 1) La intervención misma de la comisión, prevista en la ley sin condicionamientos. 2) La posibilidad de cualquiera de las partes de instar dicha intervención. 3) El plazo de siete días para pronunciarse. 4) La exigencia de que, para solventar el conflicto, la comisión actúe por acuerdo. Respetando estos límites que, a mi juicio, son de derecho necesario, las partes pueden establecer las exigencias sustantivas y procedimentales que estimen oportunas.*” O CRUZ VILLALÓN, J.: “Principales novedades del Real Decreto Ley 7/2011 de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva en materia de mediación y arbitraje”, Ponencia a las *XIII Jornadas de la Fundación SIMA*, 20 de octubre de 2011, p. 21: “*Sin embargo, una lectura más a fondo del texto legal en su totalidad nos conduce ahora a una conclusión diversa. En efecto, en esta ocasión la Ley dice algo más, lo que supone que lo que puede hacer cada convenio colectivo al fijar “los términos y condiciones” resulta bastante más limitado. En concreto, legalmente se reconoce el derecho de cualquier parte a acudir a la Comisión Paritaria (arts. 41.6 p. 2 y 82.3 p. 6 ET), de modo que se trata de una facultad que no se le podría negar por el correspondiente convenio colectivo*”. También en CALVO GALLEGU, F.J.: “Algunas notas sobre el papel de los sistemas extrajudiciales en los procesos de inaplicación de convenios estatutarios”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 354 y 355. (Negrita del que suscribe)

<sup>1025</sup> No lo entendió así otro sector para el que la admitiría incluso la propia disponibilidad del régimen expresado en convenio, GARRIDO PÉREZ, E.: “negociación colectiva y sistemas de solución de conflictos”, *reformas estructurales y negociación colectiva en xxx jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, (coord. francisco j. prados de reyes), monografías de temas laborales, nº 50, 2012, p. 305: “*Esta interpretación sobre el carácter voluntario en el recurso a la comisión paritaria y a los procedimientos previstos en los acuerdos interprofesionales, significaría tanto como admitir la propia disponibilidad del régimen expresado en ambos preceptos, o dicho de otro modo que no resultaría un régimen obligatorio de imposición directa, puesto que el convenio que puede ser modificado en alguna de sus condiciones recogidas o inaplicado en materia salarial, pudiera haber establecido precisamente el procedimiento a seguir, tal y como por lo demás le ordena, y esto sí es imperativo, el nuevo art.85.3 como contenido mínimo del convenio. Es decir, en tanto que éste debe contemplar la intervención de la comisión paritaria y la acogida adaptada de medios de solución previstos en los acuerdos interprofesionales a los supuestos de fracasos en períodos de consulta de los arts. 41.6 y 82.3, al hacerlo puede prever una secuencia procedimental que aun no siendo esencialmente divergente de la contemplada puede concretar sus términos y alcance.*” En definitiva la autora concluía, p. 307, que el legislador estaba pensando en una secuencia que partiendo de la comisión paritaria culminara en su caso en los acuerdos interprofesionales en el supuesto de que aquella fallara “*pero pareciera que le faltó el valor para imponer esta actuación utilizando para ello términos más imperativos...*”

<sup>1026</sup> “Intervención secuencial” vs “intervención alternativa”, dejando a las partes negociadoras la decisión de acudir o no a ella o imponiendo el trámite como obligatorio en el convenio CRUZ VILLALÓN, J.: “Principales novedades del Real Decreto Ley 7/2011 de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva en materia de mediación y arbitraje”, Ponencia a las *XIII Jornadas de la Fundación SIMA*, 20 de octubre de 2011, p. 18 y 19. “*Dicho de otro modo, los “términos y condiciones” pueden dejar a criterio de las partes acudir o no en primera instancia a la Comisión Paritaria (segunda opción) o imponerles necesariamente someterse al trámite de la intervención de la Comisión Paritaria (primera opción).*”

Todo ello en una calculada ambigüedad del legislador que permite que sean los propios convenios colectivos los que concreten el alcance y el tipo de la intervención dado el amplio juego de la autonomía colectiva en esta materia ex art. 85.3 c) ET <sup>1027</sup>.

No obstante, al margen de lo que se pueda negociar en el propio convenio colectivo sobre la intervención de la comisión paritaria, si nos referimos al régimen jurídico regulado en la norma no hay duda de que su intervención se configura como potestativa <sup>1028</sup>, de manera que sólo si una de las partes insta su intervención la otra queda vinculada por la decisión, siendo ésta no obstante una importante diferencia con respecto al régimen “común” <sup>1029</sup>.

De este modo, la efectividad de la solución de la discrepancia en la comisión paritaria dependerá bien de la solicitud de una de las partes, bien de la previsión expresa en el convenio colectivo, pues en otro caso no se configura como un trámite obligatorio <sup>1030</sup>. En este sentido, en el desarrollo reglamentario de la intervención ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos <sup>1031</sup>, se confirma expresamente la posibilidad de modificación del régimen de intervención de la comisión <sup>1032</sup>, opción que igualmente se prevé, por ejemplo, en el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales <sup>1033</sup>.

---

<sup>1027</sup> En este sentido, en lo que se refiere a la competencia de la solución de discrepancias en materia de descuelgues, y a propósito del tenor legal del anterior art. 85.3 h) 3º, se concluía que era lo suficientemente laxo como para permitir un significativo juego a la autonomía colectiva PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las *XIII Jornadas de la Fundación SIMA*, 20 de octubre de 2011 p. 13.

<sup>1028</sup> ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 55; En el mismo sentido CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 393.

<sup>1029</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 97: “si bien es verdad que no es necesario que se abra en todo caso de consultas fallidas, no lo es menos que si una de la partes lo pide la comisión intervendrá sin que la otra pueda rechazarlo”

<sup>1030</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 393: “En todo caso, a la vista del art. 82.3 ET, acudir a la Comisión paritaria no parece un trámite obligatorio sino que depende de la voluntad de las partes. Pero es preceptivo si una de las partes lo solicita. Así se desprende del precepto legal cuando dice que en caso de discrepancia cualquiera de las partes podrá someterla a la Comisión paritaria del convenio, y parece lógico pensar que lo será también si el convenio colectivo lo prevé”. En el mismo sentido, NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 47.

<sup>1031</sup> Art. 16.2 a) RD 1362/2012: “2. Únicamente podrá solicitarse la actuación de la Comisión a los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior cuando concurren conjuntamente las siguientes circunstancias: a) Que no se hubiera solicitado la intervención de la comisión paritaria del convenio o, en caso de haberse solicitado, ésta no hubiera alcanzado un acuerdo. En todo caso, resultará preceptivo solicitar la intervención de la comisión paritaria cuando estuviese establecido en convenio colectivo.”

<sup>1032</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 97: “Debe tenerse en cuenta, en fin, que este carácter potestativo puede ser alterado por el convenio colectivo aplicable que

Cuestión diferente será la de que la efectividad práctica de este mecanismo de solución de discrepancias en la comisión paritaria vaya a ser más bien escasa por la natural oposición entre ambas representaciones en el marco de la adopción de los acuerdos <sup>1034</sup>, por mucho que se pueda confiar en su papel a estos efectos <sup>1035</sup>.

En este sentido, algunas voces apuntan que esta fase en la gestión del desacuerdo en el período de consultas no se adapta con naturalidad al nuevo régimen tras la reforma del 2012 para el supuesto del “autodescuelgue”, desde la perspectiva de que quienes negocian en el período de consultas y los integrantes de la comisión paritaria van a ser los mismos <sup>1036</sup>. Sin descartar que ello vaya a ser así en algunos escenarios <sup>1037</sup>, la negociación en el período de consultas es posible que se canalice a través de una comisión representativa de los trabajadores afectados por la medida que no va a tener que coincidir siempre y en todo caso

---

*puede disponer la obligatoriedad de la intervención de la comisión paritaria. En este caso, la posibilidad de continuar el procedimiento queda supeditado al efectivo impulso del trámite y a su fracaso. Esta idea ha sido sostenida en vía interpretativa y se recoge ahora expresamente en el art. 16.2 a) RD 1362/2012 ”* Refiere criterio de MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo”, en THIBAUT, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012, p. 238. También en CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 403 y 404.

<sup>1033</sup> En el art. 10.2 del V Acuerdo para la solución autónoma de conflictos, de 7 de febrero de 2012, se establece la posibilidad de intervención obligatoria de la comisión paritaria del convenio en conflictos derivados de discrepancias en períodos de consultas de los arts. 40, 41, 44.9, 47, 51 y 82.3 ET cuando así se hubiera pactado en el convenio colectivo y, en todo caso, cuando cualquiera de las partes solicite su intervención

<sup>1034</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Multifuncionalidad de la comisión paritaria del convenio colectivo (de la administración e interpretación del convenio a la solución extrajudicial de conflictos): un “activo en alza” en tiempos difíciles para la negociación colectiva”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 21, 2009, p. 9

<sup>1035</sup> IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup>. T.: “El renovado papel de las comisiones paritarias de los convenios colectivos: algunos apuntes”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 391: “la grandeza y defecto que rodea a las comisiones paritarias estriba en el hecho de ser una institución cuya funcionalidad operativa depende de la «credibilidad» mostrada hacia dichos órganos por los agentes sociales”,

<sup>1036</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 402

<sup>1037</sup> OLARTE ENCABO, S.: “Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9/2014, parte La reforma laboral, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014, p. 17 argumenta en estos casos se producirá una proximidad, cuando no plena coincidencia, entre la comisión que negoció el convenio de empresa y la paritaria que ha de resolver sobre el descuelgue. Desde esta perspectiva, esta posición “contranatura”, en cuanto que comportaría a juicio de la autora una actuación contraria a los propios actos, encajaría con la apertura a una vía de negociación permanente en la empresa basada en la cláusula *rebus sic stantibus*. No estamos de acuerdo, pues una vez más a nuestro juicio se confunden dos planos diferentes de negociación, el de la negociación *ante tempus* y el del descuelgue, que responden a diferentes exigencias de negociación desde la perspectiva de la acreditación causal habilitante o desde las reglas de la buena fe no son las mismas.



con la comisión paritaria del convenio, por lo que en cierta manera la solución autónoma se “distancia” o “aleja” del conflicto.

Sea como fuere, lo que es indiscutible es que, en el esquema legal de la solución de las discrepancias, queda clara la voluntad del legislador de dotar de cierta preferencia al acuerdo en el seno de la comisión paritaria del convenio respecto de las instancias sociales superiores, interprofesionales o de la Comisión Consultiva <sup>1038</sup>.

### *1.2.- El contenido de la decisión: función mediadora vs función arbitral*

En lo que concierne a la concreta función a desarrollar por la comisión paritaria en la solución de la controversia, más allá de la referencia literal en el texto a la posibilidad de someter la discrepancia a su intervención para que proceda a pronunciarse en el plazo de siete días, no se refiere en la norma cuál va ser su cometido exacto en la gestión del desacuerdo.

En estos términos, cabrían varias alternativas, bien entender que su función alcanzaría a la mera labor mediadora, bien que también a la función decisoria, bien que a ambas en función de lo que se pactara en el convenio <sup>1039</sup>. Incluso hay quienes sostienen que su actuación se asemejaría más a una función pseudoarbitral <sup>1040</sup>, en una especie de arbitraje unilateral solicitado por una de las partes <sup>1041</sup>. Más allá incluso, no se descarta la opción de que se solicitara su intervención durante el período de consultas, con interrupción del plazo, al objeto de que se pronunciara sobre la concurrencia de las causas, “retornando” la negociación a las partes en el caso de respuesta afirmativa. O la posibilidad de que los propios convenios

---

<sup>1038</sup> OLARTE ENCABO, S.: “Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9/2014, parte La reforma laboral, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014

<sup>1039</sup> Para un sector de la doctrina la competencia alcanzaría tanto a la función mediadora como a la arbitral, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 124; o OLARTE ENCABO, S.: “Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9/2014, parte La reforma laboral, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014, p. 15, dada la referencia en el art. 85.3 c) a la posibilidad de regular en convenio los procedimientos para la solución efectiva de la discrepancia.

<sup>1040</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultraactividad”, en GARCÍA-PERROTE, I y MERCADER, J.R. (dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 7 de junio*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 116.

<sup>1041</sup> CALVO GALLEGU, F.J.: “Algunas notas sobre el papel de los sistemas extrajudiciales en los procesos de inaplicación de convenios estatutarios”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 354 a 356, quien directamente entendía excluida la función mediadora: “Y ello es importante ya que no debemos olvidar que en estos casos la labor de la Comisión Paritaria no era -al menos a mi juicio- meramente mediadora o conciliadora; era claramente decisoria, aparentemente pseudoarbitral y, por tanto, y repito, no de simple mediación entre las partes. La CP no mediaba, sino que resolvía si existía o no el supuesto para inaplicar o modificar y, en su caso, los términos del mismo, en una especie de arbitraje unilateral solicitado por una de las partes, con la singularidad de que en este caso tal decisión requería el consenso, parece que de acuerdo con las reglas generales de esta misma Comisión, de las dos partes.”

colectivos hubieran previsto la intervención de la comisión como órgano de mediación o arbitraje dentro del propio período de consultas. No obstante, creemos que estas dos últimas serían intervenciones diferentes y al margen de la competencia legal referida en el art. 82.3 ET párr. 7º que ahora examinamos <sup>1042</sup>.

A nuestro juicio, en el debate entre función mediadora o arbitral, ambas opciones son posibles siempre y cuando así se hubiera establecido por las partes negociadoras en el convenio colectivo en uso de su autonomía colectiva. En este sentido, desde un punto de vista de legalidad ordinaria, el propio art. 85.3 c) ET mandata a las partes negociadoras para pactar en el contenido mínimo del convenio procedimientos para la solución efectiva de la discrepancia en el período de consultas, por lo que no hay obstáculo alguno para atribuirle cualquiera de estas funciones.

Ahora bien, al margen de lo que se establezca en el convenio colectivo, en el supuesto de ser una de las partes la que solicitara directamente su intervención, creemos que la fórmula legal se inclina más por la competencia decisoria que por la meramente mediadora o conciliadora. Los términos en que se encuentra redactada la norma, la propia lógica secuencial del precepto o la finalidad perseguida y el órgano competente para su solución así lo confirman.

En este previsible escenario de competencia decisoria de la comisión paritaria, en principio nada impediría a las partes que de mutuo acuerdo, “*en caliente*”, o porque así estuviera previsto en el convenio colectivo de aplicación, “*en frío*” <sup>1043</sup>, sometieran la solución de la discrepancia a la comisión paritaria en uso del poder de regulación y de ordenación que les es propio ex art. 37.2 CE, pues como sabemos, el derecho a la autonomía colectiva lleva implícito el de establecer medios autónomos de solución de los conflictos de trabajo <sup>1044</sup>.

Desde la perspectiva constitucional, no habría obstáculo alguno a una posible labor arbitral de la comisión paritaria, como pacíficamente se ha venido manteniendo por la doctrina científica en consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional <sup>1045</sup>. Nos encontraríamos ante lo que se calificó en su momento como un “*arbitraje de consultas*” <sup>1046</sup>. De hecho, ésta es la

---

<sup>1042</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 159 y 161, respectivamente.

<sup>1043</sup> Expresión acuñada en CRUZ VILLALÓN, J.: “El arbitraje laboral en la reforma legislativa”, pág. 25, en *El arbitraje laboral: Los acuerdos de empresa*, VI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, OJEDA AVILÉS, A. (coord.), Editorial Tecnos S.A., 1996

<sup>1044</sup> STC 217/1991 F.J., 5º y 6º

<sup>1045</sup> CASAS BAAMONDE, Mª E.: “La solución extrajudicial de los conflictos laborales”, *Relaciones Laborales*, nº 16-17, 1992-II, pág. 38. DURÁN LÓPEZ, F.: “El laudo arbitral en los conflictos laborales”, *Relaciones Laborales*, Tomo 1, págs. 99 a 112, 1993, pág. 108 y 109. CRUZ VILLALÓN, J.: “El arbitraje laboral en la reforma legislativa”, pág. 25, en *El arbitraje laboral: Los acuerdos de empresa*, VI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, OJEDA AVILÉS, A. (coord.), Editorial Tecnos S.A., 1996. CASAS BAAMONDE, Mª E.: “Procedimientos de solución y reforma de la legislación laboral”, en *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, 1995.

<sup>1046</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: “Arbitraje de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1994, págs. 27 y 28.

opción que a nuestro juicio plantea el legislador cuando ordena al convenio colectivo ex art. 85.3 c) ET el establecimiento de procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3 ET<sup>1047</sup>. O cuando incluye también en el contenido mínimo del convenio ex art. 85.3 e) ET la designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquéllas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas.

De optarse por esta solución, un “*arbitraje laboral de origen convencional pero de naturaleza obligatoria*”<sup>1048</sup>, la resolución sustituiría al acuerdo alcanzado en el período de consultas sin problema alguno de constitucionalidad.

Más dudas se nos plantean en los supuestos en los que no hubiera existido esa previa habilitación convencional.

En este debate, no hay que perder de vista que la posibilidad que se contempla en el art. 82.3 ET es la de que una de las partes, potestativamente, pueda imponer a la otra “obligatoriamente” el sometimiento de la controversia a la comisión paritaria para la solución de la discrepancia<sup>1049</sup>. En esta opción, nos encontraríamos ante un arbitraje sin la suscripción del necesario compromiso arbitral entre las partes, sin la necesaria voluntariedad por tanto, por lo que resulta necesario examinar la posibilidad desde la perspectiva constitucional<sup>1050</sup>.

En el arbitraje, la suscripción del compromiso arbitral garantiza la necesaria voluntariedad y otorga al laudo la legitimidad y *auctoritas* que le es propia<sup>1051</sup>, debiendo reservarse la

---

<sup>1047</sup> OLARTE ENCABO, S.: “Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9/2014, parte La reforma laboral, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014, p. 15.

<sup>1048</sup> ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “La posible obligatoriedad de los nuevos arbitrajes laborales del artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Laboral*, nº 22, 29 de mayo-4 de junio 1995, Doctrina XXII, págs. 350, 351 y 355.

<sup>1049</sup> Por tanto, no estamos de acuerdo con posiciones que afirman que no estamos ante un mecanismo obligatorio para las partes, GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 110. En éste sentido, va a ser obligatorio en la medida que una de las partes lo solicite.

<sup>1050</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012: “*De nuevo planea la duda sobre el carácter obligatorio de la intervención de la Comisión pues aunque no se configure propiamente como un arbitraje obligatorio, podrá tener tal carácter para una de las partes, esto es, la que no decide someter la discrepancia a la comisión, a quien no le es dable rechazar su intervención. Es más, y pese al silencio legal en este punto, como se ha sostenido, si existe acuerdo en la comisión paritaria –o en el procedimiento autónomo que se ponga en marcha por ella- el procedimiento termina con la solución que corresponda, por tanto, presenta el carácter dirimente propio del laudo arbitral.*”

<sup>1051</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El arbitraje laboral en la reforma legislativa”, pág. 25, en *El arbitraje laboral: Los acuerdos de empresa*, VI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, OJEDA AVILÉS, A. (coord.), Editorial Tecnos S.A., 1996, p. 47

imposición del arbitraje obligatorio <sup>1052</sup> a supuestos que reúnan circunstancias extraordinarias en cuanto *“instrumento último para poder defender y hacer prevalecer el interés público respecto a los intereses particulares de las partes en conflicto”* <sup>1053</sup>.

Dicho esto, los términos de la redacción del precepto del art. 82.3 ET parecen concluyentes cuando la norma dispone que la comisión paritaria dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, con lo que parece que el legislador está pensando más en una intervención decisoria que en una función meramente mediadora. Cierto es que esta conclusión parece que iría en contra de lo prevenido en la propia Exposición de Motivos de la norma que introduce por vez primera esta posibilidad de intervención decisoria de la comisión paritaria, el Real Decreto Ley 7/2011, pues expresamente se aludía en su Preámbulo a la necesidad de *“fomentar intensamente el arbitraje, favoreciendo la opción por su carácter obligatorio previamente comprometido por las partes...”*, compromiso que no existiría en el supuesto del art. 82.3 ET. Pero los términos en la redacción de la norma son suficientemente concluyentes.

En el mismo sentido, en el Reglamento por el que se desarrolla la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, a la hora de referirse a las funciones decisorias de ésta, se establece que únicamente se podrá solicitar su actuación en el supuesto de que no se hubiera solicitado la intervención de la comisión paritaria del convenio o, en caso de haberse solicitado, cuando ésta no hubiere alcanzado un acuerdo, por lo que explícitamente se está amparando la posibilidad de que sea la propia comisión paritaria la que decida la discrepancia <sup>1054</sup>.

Siendo así, debemos valorar la problemática en relación con la posible actuación arbitral de la comisión paritaria en el supuesto de que fuera una sola de las partes en conflicto la que solicitara su intervención.

Para salvar los posibles problemas de constitucionalidad, y siempre refiriéndose a descuelgues sectoriales <sup>1055</sup>, determinada doctrina interpreta que la actuación de la comisión paritaria se presenta más como una prolongación de la comisión negociadora que como una actuación arbitral propiamente dicha. En esta lectura, el cambio de condiciones que se pretende efectuar no sería sino una modificación del convenio desde el propio convenio, un mecanismo de disponibilidad del mismo desde la comisión paritaria <sup>1056</sup>.

---

<sup>1052</sup> Ejemplos de arbitrajes obligatorios, el del artículo 10 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en supuestos de huelgas, o el arbitraje obligatorio de la D.T. 6ª del ET al objeto sustituir ordenanzas laborales derogadas, o el arbitraje obligatorio en materia electoral del artículo 76 ET

<sup>1053</sup> DEL REY GUANTER, S.: *“Medios extrajudiciales de solución de conflictos”*, en *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, 1995, p. 37

<sup>1054</sup> Art. 16.2 a) Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre.

<sup>1055</sup> En el supuesto del “autodescuelgue” amparado tras la reforma a partir del RD Ley 3/2012 es evidente que no se daría esta problemática pues no se resolvería por un tercero ajeno al conflicto al ser la comisión paritaria una prolongación de la comisión negociadora a estos efectos, aún en el supuesto de comisiones negociadoras “representativas”.

<sup>1056</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: *“Principales novedades del Real Decreto Ley 7/2011 de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva en materia de mediación y arbitraje”*, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p. 21: *“Lo más llamativo de ello es que la intervención de la*

También se apunta el argumento de que la solución provendría de una institución encargada de la aplicación del convenio colectivo de forma que, en última instancia, la decisión “*permanece en el patrimonio decisional de los propios representantes empresariales y sindicales*”, lo que excluiría una lesión del principio de autonomía colectiva <sup>1057</sup>.

Desde nuestro punto de vista, y por mucho que en cierta manera se pueda entender a la comisión paritaria como una prolongación de la comisión negociadora <sup>1058</sup>, en descuelgues de convenios cupraempresariales, nos encontraríamos ante una actuación arbitral en toda regla, pues la discrepancia se resolvería por un tercero ajeno al conflicto del descuelgue y de manera obligatoria para una de las partes <sup>1059</sup>. Es más, si nos referimos a descuelgues de convenio sectorial, lo lógico será que se produzca un enfrentamiento entre la posición empresarial que insta el descuelgue y la de la patronal en el convenio sectorial que lógicamente velará por la integridad de éste antes que por excepcionar su eficacia general.

---

*Comisión Paritaria en estos casos arranca de la solicitud exclusivamente de una de las partes, sin necesidad de la aceptación de la otra parte, con el dato adicional de que lo resuelto por la Comisión Paritaria resulta vinculante para ambas partes. Para cierta doctrina ello debe contemplarse como una intervención arbitral de la Comisión Paritaria, que la Ley impone como obligatoria a instancia de una sola de las partes, a pesar de lo cual se considera como compatible con los condicionamientos constitucionales que pudieran derivar del derecho a la negociación colectiva. Es cierto que nos enfrentamos a una intervención muy singular de la Comisión Paritaria, que es cierto que desde el punto de vista de la actuación de la representación de los trabajadores en la empresa y de la propia dirección de la empresa se puede ver como una intervención de un tercero de carácter arbitral. Sin embargo, a mi juicio resulta más destacable e influyente el hecho de que el objeto del cambio de condiciones que se pretende efectuar a través de este procedimiento no es otra cosa que una modificación de un convenio de sector, que ha sido quien ha procedido a constituir a la correspondiente Comisión Paritaria; más aún, teniendo en cuenta las nuevas funciones modificativas del convenio atribuibles a la Comisión Paritaria, materialmente en estos casos los acuerdos de la Comisión Paritaria, como prolongación de la Comisión Negociadora, no pueden sino contemplarse como una muy específica manifestación de disponibilidad de la propia Comisión Paritaria de lo pactado en el correspondiente convenio colectivo que ella se encarga de administrar en la fase aplicativa”. Anteriormente, CRUZ VILLALÓN, J.: “Los procedimientos arbitrales en la negociación colectiva”, p. 934, en Manual jurídico de negociación colectiva, Dir. VALDÉS DAL-RÉ, f., Coord. LAHERA FORTEZA, J., *Manuales Profesionales La Ley*, 1ª Ed., febrero 2008, p. 938 mantuvo que no se trataba propiamente de una arbitraje fundamentalmente porque para el autor se trataría “más de una prolongación de la negociación que de una intervención de un tercero imparcial de solución de una discrepancia jurídica”, quedando a la postre la decisión acerca del descuelgue “en el patrimonio decisional de los propios representantes empresariales y sindicales, por lo que no puede estimarse que esa intervención forzosa sea contraria al principio de autonomía colectiva”.*

<sup>1057</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 77, siguiendo argumento de CRUZ VILLALÓN, J.: “Los procedimientos arbitrales en la negociación colectiva”, en Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, La Ley, 2007, p. 937-938.

<sup>1058</sup> No lo es en sentido estricto salvo que así se hubiera determinado en el propio convenio colectivo y con el matiz de que se debería permitir la intervención de todos los sujetos con legitimidad negocial.

<sup>1059</sup> Estos mismos argumentos de resolución por un tercero ajeno al conflicto y de intervención obligatoria son los que se mantienen, *mutatis mutandis*, para concluir la inconstitucionalidad de la intervención arbitral ante la CCNCC en CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 48 a 51.

Por lo tanto, no creemos que sean éstos argumentos suficientes para salvar la posible constitucionalidad de esta actuación arbitral. Sobre todo cuando se ha defendido la tesis contraria a los arbitrajes obligatorios ante órganos creados ex art. 83 ET precisamente precisamente por la falta de voluntariedad, aún permaneciendo igualmente la decisión en el ámbito de la representación de los trabajadores y empresarios. Incluso en supuestos de compromisos arbitrales suscritos en acuerdos interprofesionales, con eficacia general y directa, recordemos.

Además, si se entiende como una prolongación de la comisión negociadora, la actuación de la comisión paritaria en la gestión del desacuerdo en descuelgues excedería de lo que en principio podría convenirse como un mero acto de administración del convenio, por lo que se nos plantearían problemas añadidos en relación con la legitimidad para la adopción del acuerdo. Si entendemos que una decisión tiene un contenido normativo cuando introduce una ordenación general que como tal innova el conjunto de reglas aplicables, y es un mero acto de administración cuando se aplica una regla ya existente o simplemente se prevén determinadas vías de colaboración sin asunción de competencias normativas <sup>1060</sup>, las comisiones paritarias con competencias en materia de resolución de discrepancias en descuelgues estarían, en principio, ejerciendo labores más de regulación que de administración del propio convenio. No digamos si se parte de la premisa de prolongación de la negociación <sup>1061</sup>.

En este debate, es jurisprudencia reiterada del Supremo la de que las competencias de actualización de las normas del convenio, en la medida en que supondrían una actualización de las normas aunque sea para adaptarlas a un cambio en las circunstancias por el transcurso del tiempo, tendrían pleno alcance normativo <sup>1062</sup>, lo que con la regulación del descuelgue salarial anterior a la reforma iniciada en el 2010 llevó a concluir que nos encontrábamos ante una “*singular competencia normativa*” en esta materia <sup>1063</sup>. En este debate, resulta necesario traer

---

<sup>1060</sup> DESDENTADO, A y VALDÉS, B.: *La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo. Una síntesis de jurisprudencia*. Edit. Trotta, Madrid, 1998, págs. 79-87

<sup>1061</sup> En estos términos se concluye que en la práctica las comisiones paritarias en estos supuestos van a verse avocadas como verdaderos órganos negociadores, más allá de sus naturales funciones de interpretación y aplicación de lo pactado, porque al decidir sobre los descuelgues están fijando nuevas reglas para empresas determinadas cuya eficacia es equivalente a la del convenio, OLARTE ENCABO, S.: “Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9/2014, parte La reforma laboral, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014. Nos mostramos totalmente de acuerdo.

<sup>1062</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1994, F.J. 4<sup>a</sup>, RJ 1994 10097: “Partiendo de este criterio general hay que proceder al examen de los preceptos impugnados. En primer lugar y en cuanto a las funciones que contempla el número 3 del artículo 8, las de los apartados c) (control y seguimiento de la aplicación del Convenio y de su desarrollo normativo), e) (conciliación) y f) (arbitraje), es claro que no confieren a la comisión competencias de regulación, sino únicamente de supervisión del cumplimiento de lo pactado y de solución de conflictos. No sucede lo mismo con las competencias relativas a la actualización de las normas del Convenio (apartado b) y con las reglas sobre la definición, valoración, modificación y supresión de puestos de trabajo (apartado d), que tienen alcance normativo. La actualización de las normas del Convenio supone modificación de estas normas, aunque sea para adaptarlas a un cambio en las circunstancias por el transcurso del tiempo”

<sup>1063</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Mecanismos legales de descuelgue salarial”, *Actualidad Laboral*, nº 10, 3-9 de marzo 1997, pág. 201 y 201

a colación la problemática a propósito de las comisiones paritarias negociadoras y de la necesaria legitimidad para la adopción del acuerdo <sup>1064</sup>.

Si nos movemos en el ámbito de la autonomía colectiva y de la consideración de la fuerza vinculante del convenio colectivo <sup>1065</sup>, trascendiendo la resolución de la comisión paritaria de la mera interpretación auténtica del convenio adquiriendo proyección de eficacia normativa <sup>1066</sup> y teniendo la misma eficacia la resolución de la paritaria que la del acuerdo al que sustituye <sup>1067</sup>, deberían incorporarse a la comisión todos los sujetos legitimados para la negociación. Y ello aunque no hubieran sido firmantes del convenio, al modo de la anterior previsión contenida en el art. 85.3 h) 2º ET en la redacción dada por Real Decreto Ley 7/2011 <sup>1068</sup> en cuanto atribuía a las comisiones paritarias competencias modificadoras <sup>1069</sup>. Y en este

---

<sup>1064</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 15 de diciembre de 1994, F.J. 3º, RJ 1994 10097. En los mismos términos, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, en su sentencia núm. 5/2000 de 21 febrero, F.J. 4º, AS 2000\1058.

<sup>1065</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: "Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012", en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 404: "igualmente se atribuye a la comisión paritaria del convenio sectorial la facultad de actuar como renegociadores". "la capacidad negociadora de la comisión es plena o, cuando menos, la Ley autoriza a que actuando como intérpretes auténticos de los negociadores procedan a aplicar el convenio pactado adaptándolo a las singulares circunstancias en las que se encuentra una precisa empresa"

<sup>1066</sup> MIÑARRO YANINI, M.: "La regulación legal de las competencias de las comisiones paritarias: más que un viaje de ida y vuelta", *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 137

<sup>1067</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo", en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, P. 393, no hay ninguna previsión en el art. 82.3 ET que refuerce la eficacia del acuerdo alcanzado en la paritaria, manteniendo que "Cabría pensar en la aplicación de las reglas generales del art. 91.4 ET según las que las resoluciones de la comisión paritaria sobre aplicación del convenio tendrán la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos. Sin embargo, en este caso si la resolución recae sobre la inaplicación de convenio tal vez sea más adecuado entender que tiene la misma eficacia que el acuerdo al que en su caso sustituye".

<sup>1068</sup> A tenor del art. 85.3 h) 2º ET en redacción RDL 7/2011, se atribuyó a la comisión paritaria competencia para el desarrollo de funciones de adaptación, o en su caso, modificación del convenio durante su vigencia, imponiendo la norma que en este caso se incorporaran a la misma la totalidad de los sujetos legitimados para la negociación aunque no hubieran sido firmantes del convenio al exigirse la concurrencia de los requisitos de legitimación previstos en los arts. 87 y 88 del ET para que los acuerdos de modificación tuvieran eficacia general.

<sup>1069</sup> En este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa", Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011 a propósito de la exigencia ex art. 85.3 h) b) en RDL 7/2011: "...Pero, en puridad, los descuelgues son supuestos de modificación del convenio, y por ello para pactarlos exige el acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores, es decir, la misma legitimación y mayorías exigibles para negociar un convenio de empresa. En conclusión, parece aconsejable que la regla prevista para la actuación adaptadora o modificadora del convenio por parte de la comisión paritaria, se aplique también a los supuestos de descuelgue, pues no otra cosa que una adaptación o modificación del convenio es éste.". Con dudas en lo que se refiera a las funciones de adaptación, que no de modificación, FERIA BASILIO, I.: "Las comisiones paritarias y las facultades negociadoras convencionales tras el trienio reformador", *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 383 e IGARTUA MIRÓ,

contexto, es muy probable que muchas de esas comisiones paritarias no cumplieran con esas exigencias de legitimidad por la configuración “cerrada” de éstas en cuanto sólo los firmantes del convenio formarían parte de las mismas <sup>1070</sup>.

¿Puede en estos términos mantenerse el ajuste constitucional de una intervención decisoria de la comisión paritaria del convenio en desbloqueo de descuelgues a instancia de una sola de las partes del conflicto?

Para dar respuesta al interrogante planteado, resulta a nuestro juicio necesario determinar la naturaleza del conflicto que se somete a la solución de la comisión paritaria del convenio colectivo dada la diferente afectación de derechos constitucionales en función de una u otra respuesta. Mientras que en el supuesto de identificar el conflicto con uno jurídico podría entenderse afectado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en el supuesto de calificar la controversia como de interés nos encontraríamos ante una posible afectación del derecho a la negociación colectiva ex art. 37 CE y, en su caso, a la libertad sindical ex art. 28 CE.

No resulta sencillo determinar la naturaleza de un conflicto que a su vez se va a desdoblar en dos, en primer término valoración de la concurrencia de las causas habilitantes, en segundo término y para el caso de apreciarse éstas, pronunciamiento sobre la inaplicación en sí. Mientras que en el primer supuesto la tarea se identificaría de manera más o menos pacífica con la de un conflicto jurídico <sup>1071</sup>, en el segundo la labor se identificaría más con la de un conflicto de interés o de regulación propiamente dicho <sup>1072</sup>. Principalmente porque no se

---

M<sup>a</sup>. T.: “El renovado papel de las comisiones paritarias de los convenios colectivos: algunos apuntes”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 400.

<sup>1070</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Mecanismos legales de descuelgue salarial”, *Actualidad Laboral*, nº 10, 3-9 de marzo 1997, pág. 201, ya puso de manifiesto cómo la jurisprudencia era unánime al rechazar la posibilidad de que la comisión paritaria, cuya composición no se extendía a todos los sujetos legitimados para negociar, se arrogara funciones de renegociación del convenio, señalando SSTs de 30 de mayo de 1991, RJ 5233, de 10 de febrero de 1992, RJ 1140, de 20 de enero de 1993, RJ 145 o de 15 de diciembre de 1994, RJ 10097.

<sup>1071</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: “Conciliación, mediación y arbitraje en el ámbito laboral”, en *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, 1996, pág. 21, entiende como arbitraje jurídico aquél que resuelve las discrepancias surgidas en los periodos de consulta, previsto en los arts. 40, 41, 47 y 51 y a cuyos laudos da eficacia el art. 85 ET. Se refiere a él como “arbitraje de consulta”. En esta línea igualmente ALFONSO MELLADO en “Novedades en materia de arbitraje y experiencias en el Tribunal de Arbitraje Laboral en la Comunidad Valenciana”, Ponencia XII Jornadas de la Fundación SIMA 2010, pág. 21, quien al referirse a los desacuerdos en descuelgues salariales, concluye estos conflictos pueden asumirse sin ninguna dificultad entre los conflictos de interpretación y aplicación de un convenio colectivo

<sup>1072</sup> SESMA BASTIDA, B.: *Procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos laborales: marco convencional y normativo*, Tesis doctoral, Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones 2004, pág. 149: “El objetivo del conflicto de intereses, económico o de reglamentación, no es ya la interpretación de la norma preexistente, sino la modificación del orden jurídico preestablecido, o bien el intento de suplantarlo por otro diferente, con el fin de regular en lo sucesivo de manera distinta las condiciones de trabajo, de empleo y demás relacionadas con el contrato de trabajo. Por ello, queda fuera de la regulación normativa contenida en los preceptos 24 y 117 CE, y su regulación se sitúa dentro de los márgenes de los arts. 37.1 y 2 y 28.1 y 2 CE” “Estas controversias, no son susceptibles de soluciones jurídicas, en cuanto reclaman un nuevo orden normativo, pues el conflicto surge y se desarrolla al



pretendería la aplicación o interpretación de precepto alguno sino la modificación del orden normativo preestablecido o la implantación de condiciones de trabajo diferentes <sup>1073</sup>. Eso sí, con matices importantes.

A propósito del descuelgue salarial antes de la reforma iniciada en el año 2010, determinada doctrina ya se pronunció en el sentido de que la fórmula no respondería al modelo ni del conflicto jurídico ni del conflicto de interés. Si bien formalmente se presentaba como un conflicto jurídico, sin embargo, bajo esa modalidad se escondía un auténtico conflicto de interés <sup>1074</sup>. En este sentido, y entendiendo que en este tipo de conflictos no sólo entraría en juego el componente estrictamente jurídico, cierta doctrina los calificó como conflictos “extrasistemáticos” <sup>1075</sup>.

En todo caso, y en lo que se refiere a la posible afectación del art. 24 CE como consecuencia de una resolución de la comisión paritaria en la que se hubiera acordado la existencia de causas habilitantes para el descuelgue, no habría posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva dadas las amplias posibilidades amplias de control judicial del laudo o acuerdo alcanzado en la comisión paritaria <sup>1076</sup> por analogía a las posibilidades de control legalmente establecidas ex art. 82.3 ET en supuestos de laudos alcanzados en acuerdos interprofesionales o mediante decisión adoptada en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o por árbitro designado. Las posibilidades de control judicial en la impugnación de un acuerdo de descuelgue lo son en idénticos términos a las de cualquier convenio colectivo <sup>1077</sup>. Nos remitimos expresamente al Capítulo VIII en lo que se refiere a las posibilidades de impugnación del acuerdo de descuelgue o de las decisiones sustitutivas de éste <sup>1078</sup>.

---

*margen y fuera del orden del derecho, y el juez no puede acudir a norma alguna en busca de soluciones” “No encuentran en el proceso el cauce natural de solución”* En este sentido, STSJ PV de 4 de febrero de 1991, Ar. 1052; STSJ de Valencia de 22 de octubre de 1992, Ar. 2183; STSJ Galicia de 28 de mayo de 1991 Ar. 3114 o STSJ de Madrid de 29 de enero de 1991, Ar. 931.

<sup>1073</sup> En este sentido, nos remitimos a la doctrina contenida en SSTC 145/1992, F.J. 3º, RTC 1992 145, y 208/1993, F.J. 5º, RTC 1993 208a la hora de diferenciar entre conflictos jurídicos y de interés.

<sup>1074</sup> CASAS BAAMONDE, Mª E.: “Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de interés”, *Relaciones Laborales*, nº 4 y 5, 1995

<sup>1075</sup> SALA FRANCO, T. y ALFONSO MELLADO, C.: *Los acuerdos estatal y autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales. Análisis comparativo*, Consejo Económico y Social, primera edición marzo 2001, pág. 46

<sup>1076</sup> Entre otras, Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso 356 2013, Ponente López Parada, F.J. 9º. Matizando que cuando las impugnaciones de los laudos se apoyen en la ilegalidad, debe ser especialmente exigentes, particularmente cuando se opongan a los criterios de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad utilizados en las resoluciones, puesto que dichos extremos se relacionan propiamente con los laudos de equidad cuyo control judicial es más limitado, la Sentencia de la AN número 128/2013, de fecha 19 de junio 2013, en recurso 211/2013, Ponente Ricardo Bodas.

<sup>1077</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 122. ALFONSO MELLADO, C.: “Novedades en materia de arbitraje y experiencias en el tribunal de arbitraje laboral de la Comunidad Valenciana”, XII Jornadas de la Fundación SIMA 21, octubre 2010, p. 20. MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012”, Aranzadi Social núm. 9/2013 (informes), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, www.westlaw.es, BIB 2013\14, p. 10

<sup>1078</sup> Como mero apunte de lo que se expone en el Capítulo de impugnación, aplicación de la modalidad procesal de la impugnación del convenio colectivo ex art. 163 y ss de la LRJS, fundamentalmente por los motivos del encaje sistemático de la resolución de la paritaria en el Título III ET, por su función

A mayor abundamiento, sería perfectamente trasladable a este supuesto el argumento utilizado a propósito del arbitraje obligatorio instaurado en la norma en materia electoral ex art. 76 ET en la medida en que la obligatoriedad sólo incidiría en la incorporación de un trámite a la vía judicial, resultando decisiva la posibilidad de la impugnación judicial del laudo omnicomprendiva, tanto por motivos formales de procedimiento como sustantivos. En estos supuestos, la ausencia de voluntariedad “de entrada” quedaría plenamente compensada con las amplias posibilidades de control judicial <sup>1079</sup>, posibilitándose una *cognitio* judicial incluso más extensa que la del árbitro <sup>1080</sup>.

Descartada la inconstitucionalidad desde la perspectiva del art. 24 CE, la posible intervención decisoria de la comisión paritaria tendría igualmente a nuestro juicio pleno ajuste constitucional en lo que se refiere a los derechos a la negociación colectiva y a la libertad sindical por las siguientes razones <sup>1081</sup>.

En primer lugar, por analogía a lo dispuesto por el legislador para los supuestos de decisiones alcanzadas en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o de laudos tras designación de árbitro al efecto <sup>1082</sup>, la competencia decisoria de la comisión paritaria al pronunciarse sobre la inaplicación va a tener a nuestro juicio un ámbito de cognición limitada en dos sentidos: bien aceptar la pretensión de inaplicación que se le hubiera planteado en sus propios términos, bien proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. En consecuencia, resulta plenamente aplicable la doctrina judicial a propósito del ajuste constitucional del laudo ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en la que se concluye que esta intervención no tendría naturaleza normativa en el sentido positivo, propio del acuerdo, sino en sentido negativo, al quedar limitado su objeto a resolver sobre la solicitud de inaplicación, no conteniendo una regulación propiamente dicha <sup>1083</sup>.

---

reguladora, porque sustituiría al convenio colectivo o porque el legislador, para el supuesto de los laudos en acuerdo interprofesional o ante la CCNCC, a pesar de asimilar su eficacia a la del acuerdo en período de consultas, expresamente previene que la modalidad procesal aplicable en su impugnación será la del procedimiento de impugnación del convenio colectivo, abriendo de esta manera las posibilidades de éste a los motivos de ilegalidad, lesividad, inobservancia de los requisitos o formalidades establecidas al efecto o *ultra vires*.

<sup>1079</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El arbitraje laboral en la reforma legislativa”, pág. 25, en *El arbitraje laboral: Los acuerdos de empresa*, VI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, OJEDA AVILÉS, A. (coord.), Editorial Tecnos S.A., 1996, p. 53

<sup>1080</sup> PRADOS DE REYES, F.J. y ALAMEDA CASTILLO, M<sup>a</sup> T.: “La impugnación judicial de los laudos arbitrales laborales”, *Temas Laborales*, nº 70/2003, págs. 359 y 360: “incluso más extensa que la del árbitro, pues no sólo abarca el contenido total de las facultades enjuiciadoras atribuidas al árbitro en el art. 76.2 ET sino que además se le somete al enjuiciamiento externo de la regularidad del desarrollo formal del arbitraje y de la actuación del árbitro”

<sup>1081</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 109 y 110, la mejor prueba, incluso el recurso de inconstitucionalidad planteado contra el art. 82.3 ET se dirige en exclusiva contra la última fase del procedimiento ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>1082</sup> Arts. 22 y 24 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>1083</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 28/2014, de 11 de febrero de 2014, en recurso 356/2013, Ponente Rafael López Parada, FJ 11º.

En segundo lugar, nos encontramos ante una intervención de la comisión paritaria del convenio supletoria a la negociación previa en el período de consultas por lo que, para valorar el sacrificio del derecho afectado, debe tenerse en cuenta la doble circunstancia de que se trata de un supuesto que tiene carácter subsidiario a la negociación previa en el período de consultas y que, afectando al convenio, lo hace a través de un acuerdo causal, temporal y sometido a control judicial<sup>1084</sup>.

En tercer término, en el supuesto de intervención decisoria de la comisión paritaria, resulta plenamente aplicable la jurisprudencia constitucional que admite restricciones a la libertad negocial *“siempre que la limitación de la libertad individual que supongan se encuentre justificada”*<sup>1085</sup>. En consecuencia, persiguiendo el legislador un interés suficiente, resultando necesaria y proporcionada al interés que se pretende tutelar, el del art. 38 de la CE, se superaría ampliamente el test de constitucionalidad al no resultar la medida indiscriminada. Los derechos constitucionales no son absolutos, superándose el test de proporcionalidad al responder la decisión en el seno de la comisión paritaria al triple control de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Al fin y a la postre, con esta posibilidad de intervención decisoria de la paritaria el legislador no pretende sino conciliar negociación colectiva e interés general<sup>1086</sup>.

En todo caso, la libertad sindical, en su modalidad de negociación colectiva, sólo se lesiona cuando la actuación del legislador vacía de contenido la capacidad negociadora de los sindicatos o bien anula injustificadamente lo ya negociado<sup>1087</sup>. Y en el supuesto que nos ocupa, no se da ni la una, ni la otra circunstancia. El derecho a la negociación colectiva del sindicato, en cuanto integrante del más amplio de la libertad sindical, permanece inalterado en su configuración esencial, máxime cuando estamos refiriéndonos a un supuesto de solución dirimente en el seno de un órgano que probablemente, de uno u otro modo, va a contar en su seno con presencia sindical.

En cuanto lugar, no es la primera vez que el legislador asigna funciones arbitrales a la comisión paritaria en materia de descuelgues<sup>1088</sup>. Ésta era una competencia que se le otorgaba en la

---

<sup>1084</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTROYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 369 y 370.

<sup>1085</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, Ponente Luis Díez Picazo y Ponce de León, F.J. 24, BOE nº 99 de 25 de abril de 1981.

<sup>1086</sup> En este sentido se pronuncia la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en su Sentencia número 219/2013, de fecha 9 de diciembre de 2013, en recurso 339/2013, a propósito de la constitucionalidad de la decisión en la última fase del procedimiento ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>1087</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “De nuevo sobre la libertad sindical y su conexión con la negociación colectiva”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 4/2002 (*Estudio*), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2002, BIB 2002\149. Pág. 11: “No toda limitación de la capacidad de actuación de un sindicato implica una vulneración de su libertad sindical, se produce tal lesión cuando la reducción incida realmente en el derecho a la actividad sindical y tenga lugar de modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación”, comentando STC 225/2001, de 26 de noviembre, RTC 2001 225

<sup>1088</sup> Si bien determinada doctrina planteaba dudas en cuanto a que se tratara de un verdadero arbitraje, en la línea de prolongación de la comisión negociadora a la que nos hemos referido, CRUZ VILLALÓN, J.: “El arbitraje laboral en la reforma legislativa”, *El arbitraje laboral: Los acuerdos de empresa*, VI Congreso

norma con anterioridad a la reforma laboral iniciada en junio de 2010 cuando las partes negociadoras no hubieran hecho uso de la facultad de regulación de los procedimientos de descuelgue vía convenio colectivo, en lo que se calificó como una competencia de “carácter devolutivo” a la negociación colectiva supraempresarial <sup>1089</sup>.

Por último, y como acertadamente se ha puesto de manifiesto para el supuesto del arbitraje ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que se someta la discrepancia a la comisión paritaria del convenio no significa que el procedimiento tenga que acabar con la inaplicación del convenio siempre y en todo caso <sup>1090</sup>. Tampoco que el empresario vaya a verse favorecido por esta resolución. Antes bien al contrario será normal que el órgano de administración del convenio en el supuesto de descuelgues sectoriales intente tutelar su eficacia general <sup>1091</sup>.

Por estos argumentos, nuestra conclusión lo es en el sentido del pleno ajuste constitucional de la resolución decisoria en el seno de la comisión paritaria, ajuste que lógicamente ni siquiera sería necesario plantearse en el supuesto de que la competencia le hubiera sido asignada vía negociación colectiva en el propio convenio. En éste último escenario, el propio convenio colectivo haría las veces del convenio arbitral.

### **1.3.- La intervención de la comisión paritaria**

Varias son las cuestiones que se nos plantean con la redacción legal de la norma en relación con la intervención de la comisión paritaria del convenio en la gestión del desacuerdo, interrogantes relacionados fundamentalmente con las cuestiones procedimentales que se acentúan ante la ausencia de una normativa reguladora del funcionamiento de las comisiones paritarias en la norma <sup>1092</sup>.

---

Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, OJEDA AVILÉS, A. (coord.), Editorial Tecnos S.A., 1996, pág. 53. Sin embargo, otro sector no se mostraba tan categórico, BAYLOS GRAU, A.: “Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva”, RRLL, nº 17-18, 1994, pág. 322 y ss

<sup>1089</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Ed. Lex Nova, 1ª Edición, agosto 2003, pág. 342: “Imposible parece no justificar el arbitraje obligatorio de la comisión paritaria en los supuestos de descuelgue salarial del 82.3 ET. Obedece a la finalidad de preservar al mantenimiento de la empresa, digna de tutela, pero sobre todo tiene un carácter devolutivo a la negociación colectiva supraempresarial, personalizada en la comisión paritaria, de una competencia que en principio aparece formulada como contenido mínimo del convenio colectivo en dicho nivel”

<sup>1090</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 396

<sup>1091</sup> En este sentido, se apunta lo anómalo de una situación en la que será el órgano que administra el convenio sectorial que se intenta inaplicar el que precisamente tenga que resolver sobre la inaplicación de éste convenio, en un movimiento claramente opuesto al proceso centralizador de los descuelgues en el ámbito de la empresa, GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 112.

<sup>1092</sup> En este sentido, a los efectos de evitar su excesiva burocratización, se ha planteado la necesidad de replantear su funcionamiento y sus usos, proponiéndose como modelo de referencia el del nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, OLARTE ENCABO, S.: “Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9/2014, parte La reforma laboral, Editorial Aranzadi, S.A.

Así, en primer término, y si nos referimos a la secuencia de la intervención ante la comisión paritaria, se nos plantea la duda en relación con la posibilidad de acudir o no directamente a las posteriores fases en la gestión del desacuerdo sin haber agotado previamente el trámite ante la comisión paritaria del convenio colectivo.

Como hemos apuntado, el legislador diseña un mecanismo de solución del bloqueo negocial ante la comisión paritaria que en principio es potestativo para las partes, por lo que es posible que el trámite no se lleve a efecto si no lo solicita una de ellas. A menos que se hubiera establecido como trámite obligatorio en el convenio colectivo de aplicación.

En este escenario legal, sería posible que la discrepancia desembocara directamente en los procedimientos de solución autónoma previstos en acuerdo interprofesional estatal o autonómico. O, incluso, en el supuesto de que el procedimiento interconfederal tampoco resultara de aplicación, directamente ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos<sup>1093</sup>.

Ahora bien, si alguna de las partes hubiera solicitado su intervención, o fuera éste un trámite establecido en el propio convenio colectivo, no sería posible acudir a las fases posteriores sin haber previamente agotado el procedimiento ante la comisión paritaria, convirtiéndose en estos supuestos los procedimientos formalmente facultativos en materialmente obligatorios<sup>1094</sup>.

En este sentido se pronuncia el propio legislador en el desarrollo reglamentario de la intervención ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando establece que únicamente podrá solicitarse su intervención cuando no se hubiera solicitado la de la comisión paritaria del convenio o, en caso de haberse solicitado, cuando ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, resultando en todo caso preceptivo solicitarla cuando así se hubiese establecido en el convenio colectivo<sup>1095</sup>.

En segundo lugar, la eventual resolución que pudiera dictar la comisión paritaria al pronunciarse sobre la discrepancia va a tener siempre y en todo caso la naturaleza dirimente propia del laudo arbitral<sup>1096</sup>, sea cual sea la resolución que se adopte.

---

Pamplona 2014, p. 16. En estos términos, en el ASAC V se incluye como anexo una serie de recomendaciones para la actuación de las comisiones paritarias.

<sup>1093</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 99 y 100

<sup>1094</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios", *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 167: "Ha de quedar claro, pues, que los procedimientos son, de un lado, formalmente facultativos, aunque materialmente se convierten en obligatorios por voluntad del empresario, y, de otro, que se encuentran concatenados entre sí, de manera que no es posible acudir a los situados en las posiciones segunda o tercera sin haber previamente agotado las fases procedimentales precedentes."

<sup>1095</sup> Art. 16.2. b) del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>1096</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 120.

De esta manera, las partes van a quedar vinculadas por su resolución sin posibilidad de abrir las sucesivas fases previstas para el desbloqueo. Tanto en el supuesto de una resolución favorable a la inaplicación, como en el supuesto de rechazarse aquélla<sup>1097</sup>. En este sentido se ha pronunciado reciente doctrina judicial<sup>1098</sup>.

Sólo en el supuesto de que no se hubiera alcanzado un acuerdo en su seno sería posible instar la solución de la controversia en la fase sucesiva, bien ante el correspondiente órgano en acuerdo interprofesional, bien ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el supuesto que no fueran aplicables los procedimientos establecidos en aquéllos o cuando, habiéndose recurrido a ellos, no hubieran resuelto la discrepancia<sup>1099</sup>.

Acuerdo que para determinada doctrina exigiría aprobación unánime de sus miembros<sup>1100</sup>, sin que deduzcamos esta obligatoriedad de la lectura de la norma, por lo que a nuestro juicio habría que estar a la regulación prevista en el convenio de aplicación o, en su defecto, por

---

<sup>1097</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 96: “Si la comisión del convenio emite una resolución, habrá que estar a ella, tanto si es favorable a la pretensión de inaplicación como si no lo es; no cabrá en consecuencia acudir a los procedimientos interconfederales. Esto no sólo se deduce de las reglas generales (cfr. art. 91.4 ET) sino también de la literalidad del art. 82.3 VII ET puesto que sólo cabe acudir a ellos si no intervino la paritaria o “esta no hubiera alcanzado un acuerdo”. Y lo mismo ocurre en la relación entre los procedimientos interconfederales y la posterior intervención de la Comisión Consultiva: ésta sólo será posible, aparte en caso de que aquellos no fueran aplicables, cuando “no hubieran solucionado la discrepancia” (art. 82.3. VIII ET). De este modo, la eventual disconformidad de una de las partes frente a la solución alcanzada no se canaliza instando la siguiente fase del procedimiento del art. 82.3 ET sino mediante la impugnación”. El autor sigue el criterio de CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 392.

<sup>1098</sup> Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional numero 28/2014, de 11 de febrero de 2014, en recurso 356/2013, Ponente López Parada, F.J. 9º: “Cualquier acuerdo alcanzado en un ámbito excluye la posibilidad de pasar al siguiente ámbito de negociación o de someter el conflicto a la Administración, incluso si el acuerdo alcanzado desestima la pretensión empresarial de inaplicar el convenio”. Aplicando este argumento, pero con un criterio diferente al del laudo arbitral impugnado, la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 18 de diciembre de 2014, en recurso 225/2014, Ponente Aramendi Sánchez, en la que se resuelve la falta de jurisdicción de la CCNCC al haber desestimado previamente la Comisión Paritaria la solicitud de inaplicación por unanimidad. No obstante, compartiendo el argumento del árbitro María Antonia Castro Argüelles, -laudo de 3 de julio de 2014 en Expediente 5/2014 ante la CCNCC-, creemos que la solicitud de actuación del órgano paritario se planteó incorrectamente al haberse instado desde la Federación de Servicios de la UGT y no por la Sección Sindical, con lo que no se cumplió con el requisito de instarse la intervención por una de las partes en conflicto, motivo éste por el que creemos que la intervención de la CCNCC estaba plenamente justificada.

<sup>1099</sup> Creemos que es en estos términos en los que debería interpretarse la afirmación en el sentido de que la intervención de la comisión paritaria se presenta como compatible con la articulación de procedimientos de mediación y arbitraje en acuerdo interprofesional, CRUZ VILLALÓN, J.: “Principales novedades del Real Decreto Ley 7/2011 de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva en materia de mediación y arbitraje”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p. 20.

<sup>1100</sup> SEMPERE NAVARRO, A. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*. Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, enero 2014, p. 124.

analogía, a la mayoría cualificada en los términos legales exigidos para las comisiones negociadoras de los convenios colectivos, voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones. En este debate, puede jugar un papel determinante en la consecución del acuerdo el referido a la proporcionalidad representativa de las partes en su composición, debiendo tomarse en consideración a estos efectos la representación acreditada al momento del inicio de la constitución de la comisión negociadora del convenio al resultar la comisión paritaria un apéndice de éste del cual depende <sup>1101</sup>, lo que puede tener su repercusión en los supuestos de solicitudes de inaplicación en los que hubiera variado aquélla representatividad.

En tercer término, en lo que se refiere a la impulsión del procedimiento, la redacción del precepto legal es lo suficientemente clara cuando determina que *“...cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio...”*, por lo que también los representantes de los trabajadores, incluidos los trabajadores designados *ad hoc* <sup>1102</sup>, podrán instar la solución de la discrepancia ante la comisión <sup>1103</sup>.

Y entre esas partes, a nuestro juicio no se puede considerar como tales a los sindicatos como organización, debiendo instarse la actuación en todo caso por la sección sindical. En este sentido, ya se han planteado problemas en inaplicaciones con solicitud de intervención de la comisión paritaria instada desde el sindicato en lugar desde la sección sindical, con contradictorios criterios entre el laudo dictado en el procedimiento seguido ante el órgano tripartito y el criterio de la Sala de la Audiencia Nacional, contradictorio con otro anterior por cierto <sup>1104</sup>. Como decimos, y tal y como expusimos al hablar de los sujetos legitimados para la negociación, nuestra conclusión lo es en el sentido de que la legitimación la ostenta la sección sindical, no el sindicato en cuanto tal. Nos remitimos expresamente al Capítulo del Procedimiento en este punto.

A juicio de determinados comentaristas de la reforma, es recurrente el argumento que señala que carece de sentido que estos procedimientos sean puestos en marcha por los

---

<sup>1101</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 90/2014, de fecha 9 de mayo de 2014 en recurso 65/2014, Ponente José Pablo Aramendi Sánchez, F.J. 6º : *“El art. 85.3.e) ET y como parte del contenido mínimo de los convenios colectivos, impone la designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas (...) Los términos que emplea el legislador “designación” y “representación de las partes negociadoras” evidencian que la naturaleza de la comisión paritaria es la de resultar un apéndice de quienes fueron las partes negociadoras del convenio y dado que dicha comisión mixta paritaria a la comisión negociadora representa y en ésta reside la facultad de su designación. Por ello deviene razonable considerar que la proporcionalidad representativa de cada sindicato en la comisión mixta paritaria debe corresponderse con la que ostentaban al momento de constituirse la comisión negociadora del convenio”*

<sup>1102</sup> Como analizaremos en el Capítulo de la impugnación del descuelgue la doctrina científica y judicial les confiere plena legitimación activa para la interposición de conflictos.

<sup>1103</sup> SEMPERE, A.V. y MARTÍN, R.: Claves de la reforma laboral de 2012 (estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 132

<sup>1104</sup> Es éste el criterio que se sigue en laudo arbitral de fecha 3 de julio de 2014, en Expediente seguido ante la CCNCC con el número 5/2014, laudo dictado por María Antonia Castro Argüelles. En contra, y anulando el laudo, el criterio mantenido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 18 de diciembre de 2014, en recurso 225/2014, Ponente Aramendi Sánchez, en la que se resuelve la falta de jurisdicción de la CCNCC al haber desestimado previamente la Comisión Paritaria la solicitud de inaplicación por unanimidad pese a haberse instado su actuación por sindicato y no por sección sindical.

representantes de los trabajadores <sup>1105</sup>, calificando esta posibilidad de un “eufemismo” para atribuir en exclusiva dicha facultad a la dirección de la empresa, lo que se deduce a su juicio claramente de los intereses en juego y de la iniciativa siempre y en todo caso de proceder al descuelgue de condiciones <sup>1106</sup>. No estamos tan de acuerdo con esta interpretación, sobre todo cuando no sólo es posible, sino también frecuente, que la medida de la inaplicación del convenio se plantee en el contexto de un despido colectivo. En este escenario, no es descartable que la representación de los trabajadores se encuentre también interesada en encontrar una salida al desacuerdo en el proceso de flexibilidad interna ante la alternativa de la resolución de los contratos de trabajo.

Por lo tanto, no compartimos el criterio que califica como eufemística una solicitud de intervención planteada desde la representación de los trabajadores <sup>1107</sup>. En todo caso, el tenor literal de la norma es suficientemente claro, la intervención de la comisión paritaria podrá instarse por cualquiera de las partes del conflicto.

Por lo que se refiere al plazo máximo para emitir su pronunciamiento, nada se refiere en la norma más allá de la previsión en el sentido de que la comisión dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, por lo que pudieran plantearse determinadas dudas en este sentido.

En primer lugar, con respecto a si nos encontramos ante días hábiles o no, a pesar de algún criterio a favor del cómputo del plazo como días hábiles <sup>1108</sup>, no creemos que ésta haya sido la voluntad del legislador cuando expresamente en la norma se refiere sin mayor especificación al plazo máximo de siete días. En este sentido, en una lectura integrada de la norma, un interpretación a favor de los plazos naturales es la que mejor se conjuga con el cómputo del los plazos en los períodos de consultas o en los supuestos de decisiones en fases sucesivas. Por no decir que es la interpretación que mejor se cohonesta con la necesaria celeridad del

---

<sup>1105</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 99 o BLASCO PELLICER, A.: “El nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, *Relaciones Laborales*”, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 167

<sup>1106</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dir.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 403. Siguiendo argumento, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 167

<sup>1107</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dir.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 403

<sup>1108</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo”, en THIBAUT, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012, p. 238. NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 47. GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 100



procedimiento, motivos estos que nos conducen a concluir que el cómputo debe efectuarse por días naturales.

En segundo lugar, también relacionado con el plazo de actuación, se plantea si el trámite puede darse por finalizado antes del plazo máximo de los siete días en los supuestos de falta de acuerdo, a lo que no cabe sino una respuesta afirmativa en una interpretación lógica de la norma y consecuente con la finalidad del trámite, abrir en estos supuestos la posibilidad de resolución de la controversia en las sucesivas fases.

En tercer término, se plantea cierto debate en la doctrina en relación a si la intervención de la paritaria deberá llevarse a término dentro del de los quince días del período de consultas ante la diferente redacción de la Ley 3/2012 en esta materia respecto a la anterior en Real Decreto Ley 7/2011<sup>1109</sup>. A nuestro juicio, la Ley habilita esta fase en el supuesto de que se hubiera materializado el desacuerdo en el período de consultas. Y como mantuvimos a la hora de referirnos a la duración del procedimiento, para que ése desacuerdo se hubiera actualizado tendría que haberse alcanzado un acuerdo de dar por terminado el período de consultas ante la imposibilidad de llegar a un consenso o bien tendría que haber transcurrido el plazo de los quince días. Por lo que la única interpretación lógica de la norma es la de concluir que el plazo de intervención de la comisión paritaria compute una vez finalizado el del período de consultas<sup>1110</sup>. Diferente cuestión sería la de que el propio convenio hubiera previsto la intervención de la paritaria durante el período de consultas, pero no es éste el supuesto legal que analizamos.

Por otra parte, pueden plantearse problemas en relación con la determinación de la comisión paritaria competente para la resolución de la discrepancia.

De este modo, si bien es cierto que en la mayoría de las ocasiones no va a existir problema alguno en la identificación de la comisión paritaria competente para la resolución de la

---

<sup>1109</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 394. Para la autora “sigue sin estar claro si ese plazo se ha de computar en todo caso dentro de los quince días que como máximo otorga el art. 41.4 ET a las partes para alcanzar el acuerdo. Conforme a la redacción que el RDley 7/2011 dio al art. 85 ET que atribuía a la comisión paritaria del convenio “los términos y condiciones para el conocimiento y resolución de las discrepancias tras la finalización del período de consultas en materia de (...) inaplicación (...) de los convenios colectivos”, parecía claro que el sometimiento a la Comisión paritaria se podía producir “tras la finalización del período de consulta”. Sin embargo, este precepto también ha sido modificado por la reforma laboral de 2012, de manera que el tenor que se acaba de transcribir ya no se mantiene. Por lo tanto, la única referencia normativa con que se cuenta es el propio art. 82.3 ET según el cual el recurso a la Comisión paritaria se puede producir “en caso de discrepancia durante el período de consulta”. Esta regla difiere de las remisiones que el precepto hace a propósito del recurso a los medios de solución extrajudicial o a la CCNCC, respecto de las que expresamente se identifica el momento en el que procede someterse a esos procedimientos con el de la finalización del período de consulta. Otro tema es que el sometimiento a la Comisión paritaria “durante el período de consultas” interrumpa el citado plazo de quince días que esas consultas pueden durar como mucho...”

<sup>1110</sup> En esta interpretación, GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 110 y 111: sólo se podrá acudir a la instancia de la C.P. antes del transcurso de los quince días del período de consultas en el supuesto de que el acuerdo fuera inviable por la actitud o planteamiento negociador de alguna de las partes, lo que habrá que “objetivar” de algún modo.

controversia, no va a resultar así en situaciones de “concurrency convencional” en sectores en los que se haya desarrollado la posibilidad legal ex art. 83 ET de articular la negociación colectiva en diferentes niveles negociales.

En consecuencia, en la hipótesis de reparto de facultades normativas entre diversos niveles articulados de negociación <sup>1111</sup>, la comisión paritaria competente sería la del convenio colectivo al que perteneciera la facultad de regular la condición objeto de descuelgue.

En el supuesto de reparto de materias, pero no en régimen de exclusividad sino de forma compartida, en los que el nivel superior se reservara los aspectos básicos y el inferior territorialmente o de empresa el desarrollo de los mismos, en última instancia la competencia la detentaría la comisión paritaria del nivel negocial encargado de desarrollar o integrar los aspectos básicos de la concreta condición de trabajo que se tratara de inaplicar.

Por el contrario, en el supuesto de articulación convencional que respondiera a un principio de suplementariedad, en el que el nivel inferior mejorara las condiciones pactadas en el nivel superior, si la condición que se pretendiera inaplicar afectara al *quantum* de la condición “mejorada”, la comisión competente sería la paritaria del nivel negocial inferior, correspondiendo la resolución de la discrepancia a la del nivel negocial superior si se pretendiera alterar la condición calificada como mínima <sup>1112</sup>.

Por último, para terminar con el análisis de la intervención de la comisión paritaria del convenio en la solución de la discrepancia, es posible que se planteara el problema de falta de constitución efectiva del órgano paritario.

En este sentido, constituyendo una condición imposible, debería tenerse por no puesta a tenor con lo dispuesto en el art. 1.116 del Código Civil, por lo que en estos casos se abriría el paso a la siguiente fase en la gestión del desacuerdo <sup>1113</sup>.

---

<sup>1111</sup> Ejemplo, V Convenio colectivo del sector de la construcción, BOE nº 64 de 15 de marzo de 2012, en cuyo Capítulo II, arts. 11 a 13, se estructura la negociación colectiva del sector, articulándose en los siguientes niveles sustantivos de convenio: Convenio General del Sector, Acuerdos Sectoriales, Convenios colectivos provinciales o, en su caso, de Comunidad Autónoma o de ámbito inferior, cada uno con competencias en determinadas materias en su respectivo ámbito,.

<sup>1112</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 167 y 168.

<sup>1113</sup> Es el supuesto resuelto en la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 215/2013, de fecha 27 de noviembre de 2013, en recurso 315/2013, F.J. 3º.

## 2.- LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS EN LA SOLUCIÓN DE LAS DISCREPANCIAS EN LOS PERÍODOS DE CONSULTAS

Continuando con la materia de la gestión del desacuerdo, en el supuesto de que no se hubiera sometido la discrepancia a la comisión paritaria del convenio colectivo o, en su defecto, en el de que no hubiera sido posible alcanzar un acuerdo en su seno, el legislador de julio de 2012 mantiene el recurso a los procedimientos de solución autónoma de conflictos creados mediante acuerdo interprofesional ex art. 83 ET, continuando así con la apuesta por la potenciación de estos mecanismos de solución extrajudicial que se remonta a la reforma laboral de junio de 2010.

De este modo, se confirma la voluntad del legislador en el sentido de otorgar un papel protagonista a estos medios de solución autónoma en cuanto alternativa válida al bloqueo en la negociación de los descuelgues. Al igual que en la fase analizada en el epígrafe anterior, nos movemos en el terreno de la autonomía colectiva y de la autocomposición de los conflictos

<sup>1114</sup>.

No obstante, como quiera que esta preferencia por la solución autónoma del conflicto se ha visto sometida a considerables vaivenes legislativos en las recientes reformas laborales, con hasta cinco diferentes redacciones de la norma en un período de dos años, antes de entrar en el análisis de la opción legal vigente resulta necesario apuntar someramente los cambios producidos para situar en su adecuado contexto el precepto del art. 82.3 párrafo 7º del ET.

### 2.1.- La contextualización del papel de los procedimientos de solución autónoma en la solución de las discrepancias en descuelgues en las reformas laborales 2010-2012

El recurso a los procedimientos de solución autónoma como alternativa al desacuerdo en el período de consultas en descuelgues se remonta como decimos a la reforma laboral iniciada en el año 2010, al considerar en aquél momento el legislador de urgencia que no era posible mantener una regulación legal como la vigente hasta entonces que conducía a situaciones de bloqueo no deseadas por el ordenamiento jurídico.

En aquél momento, se potencia la utilización de los medios extrajudiciales de solución de discrepancias establecidos a través de la negociación colectiva <sup>1115</sup> con el objetivo de dotar a

---

<sup>1114</sup> Desde esta perspectiva, parece ciertamente cuestionable la calificación como de “acoso negocial” a los representantes de los trabajadores al proceso regulado en la norma de intentar conseguir la solución de la discrepancia a través de las sucesivas fases en la gestión del desacuerdo, GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p.106. Más que ante un acoso negocial, nos encontramos como decimos ante una apuesta por las vías de solución autónoma del conflicto y, por tanto, de la autonomía colectiva.

<sup>1115</sup> Literalmente, apartado II de la Exposición de Motivos del Real Decreto Real 10/2010 en idénticos términos en la Ley 35/2010 : “**Se considera que no es posible mantener una regulación legal que conduce a situaciones de bloqueo no deseadas por el ordenamiento jurídico para estos casos de desacuerdo y que es esencial, por tanto, habilitar un procedimiento para resolver estas discrepancias, teniendo en cuenta el interés general evidente que conlleva propiciar la aplicación de medidas de flexibilidad interna de carácter no traumático como mecanismo de utilización preferente frente al recurso a la destrucción de puestos de trabajo.**” (Negrita del que suscribe)

los procedimientos de inaplicación de mayor agilidad y eficacia, incorporando al efecto una nueva previsión en un segundo párrafo en el art. 41.6 ET por la que se imponía el recurso obligatorio a los medios extrajudiciales para la solución de la discrepancia<sup>1116</sup>.

En todo caso, como se puso de manifiesto, se trataba de *“un intento muy débil de forzar el acuerdo ya que el éxito del recurso a los medios de solución extrajudicial de los conflictos colectivos dependía de que existieran esos sistemas de mediación”*. Además, la mediación no garantizaba, ni garantiza, la solución efectiva de la controversia<sup>1117</sup>.

En consecuencia, consciente de la “debilidad” de la solución planteada<sup>1118</sup>, en septiembre de 2010 el legislador da un paso más en la configuración del recurso a estos procedimientos<sup>1119</sup>. En consecuencia, tras la promulgación de la Ley 35/2010 ni su existencia, ni su carácter obligatorio, se dejan a la voluntad de las partes negociadoras. De este modo, en el propio texto legal se previene que *“se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa*

---

<sup>1116</sup> Literalmente, art. 5 Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio: *“En caso de desacuerdo entre las partes, será necesario acudir a los procedimientos de mediación establecidos al efecto por medio de convenio colectivo o acuerdo interprofesional. Los convenios y acuerdos interprofesionales podrán establecer el compromiso previo de someterse a un arbitraje vinculante para los casos de ausencia de avenencia en la mediación, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 de esta Ley.”* (Negrita del que suscribe)

<sup>1117</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 101: *“Lo que el art. 41.6 ET cambiaba era la regla de la voluntariedad para acudir a estos medios de solución, incluso si tan poco incisivos como la simple mediación, sustituyendo la adhesión por parte del convenio, precisamente el que se trataba de modificar, a estos sistemas extrajudiciales de solución de conflictos, por la obligatoriedad del recurso a ellos”*. Si no existían, p. 102, *“toda la regulación orientada a la obtención del acuerdo quedaría en nada; y además, lo único obligatorio era la mediación”* El arbitraje, también debía estar previsto en convenios colectivos o en acuerdos interprofesionales, *“pero su sujeción al mismo seguía siendo voluntaria”*

<sup>1118</sup> Para LANTARÓN BARQUIN, D.: “Novedades normativas y proyección de la reforma laboral de 2010 en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24 (2011), la reforma de 2010, en el contexto de un régimen jurídico de la solución extrajudicial de conflictos disperso y deslavazado, *“constituye una recidiva más de la ya patológica falta de sistematicidad de la regulación de estos mecanismos en el ámbito laboral.”*

<sup>1119</sup> Literalmente art. 41.6 párr. 3º ET tras redacción dada a través del art. 5 de la Ley 35/2010: *“Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente Ley, se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91”* En el mismo sentido, el último párr. del art. 82.3 ET relativo al descuelgue salarial: *“Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente Ley, se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91”* (Negrita del que suscribe)

*para solventar de manera efectiva las discrepancias”, con lo que nos encontramos ante una exigencia de regulación* <sup>1120</sup>.

En este *iter* reformador, nuevamente en junio de 2011 el legislador vuelve a incidir en la materia en la reforma del sistema de negociación colectiva. Sobre la premisa de las “disfunciones” del modelo de convenios colectivos <sup>1121</sup>, el legislador aspira a establecer “mecanismos eficaces de solución no judicial de conflictos, no solamente los que surgen durante la tramitación del convenio colectivo, sino también los derivados de la aplicación e interpretación del mismo o los producidos por la aplicación de medidas de flexibilidad interna.” <sup>1122</sup>. Y en éste propósito, se entiende que es momento de dar un mayor alcance y contenido a los procedimientos no judiciales de solución de conflictos con el objetivo nada disimulado de potenciación del mecanismo del arbitraje laboral <sup>1123</sup>. En este escenario, se mantiene la posibilidad de acudir a los procedimientos de solución autónoma, si bien se incorpora la posibilidad analizada en el epígrafe anterior de someter con carácter previo la solución de la discrepancia a la comisión paritaria del convenio <sup>1124</sup>.

Pese a estas reformas, como quiera que a juicio del legislador la norma no había garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo en los descuelgues <sup>1125</sup>, en la de febrero de 2012 una vez más se modifica el texto legal del art. 82.3 ET en lo que concierne a la materia de la gestión del desacuerdo en descuelgues. Para ello, en el objetivo declarado de favorecer las medidas de flexibilidad interna como alternativa a la destrucción de empleo y los mecanismos de

---

<sup>1120</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, en VV.AA, *La reforma del mercado de trabajo. La Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Ed. Lex Nova, 2010, pág. 184. “Se busca (**y exige**) que aquéllos acuerdos interprofesionales establezcan la aplicación “general y directa”, evitándose así las en otro caso indispensables adhesiones” “En la misma línea de imposición a la negociación colectiva la letra c) del apartado 3 del artículo 85 ET...” (Negrita del que suscribe)

<sup>1121</sup> Entre otras, y a los efectos que nos interesan en la materia de descuelgues “*dificultades para ajustar con prontitud las condiciones de trabajo*”.

<sup>1122</sup> Exposición de Motivos al Real Decreto Ley 7/2011.

<sup>1123</sup> Apartado V de la Exposición de Motivos al Real Decreto Ley 7/2011: “**En definitiva, se instauran potentes mecanismos para dinamizar la negociación y, en último extremo, se propicia el recurso voluntario a los sistemas de solución no judicial de discrepancias como la mediación o el arbitraje, dirigidos a evitar que las negociaciones finalicen sin acuerdo. A tal efecto, se pretende fomentar intensamente el arbitraje, favoreciendo la opción por su carácter obligatorio previamente comprometido entre las partes, sin perjuicio de que prime en todo caso la voluntad de los firmantes de los acuerdos interprofesionales sobre la materia y, así, se respeten los imperativos constitucionales al respecto.**” (Negrita del que suscribe)

<sup>1124</sup> Se incorpora un nuevo párr. 2º en el art. 41.6 ET y en el art. 82.3 ET en los siguientes términos: “*En caso de desacuerdo durante el período de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando aquella no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos a que se refiere el siguiente párrafo.*”

<sup>1125</sup> Apartado IV de la Exposición de Motivos al Real Decreto Ley 3/2012, en idénticos términos en la Ley 3/2012. Entre la doctrina científica, reconociendo que las anteriores instancias no garantizaban la solución de las discrepancias, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 113 a 115.

adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas en la empresa, se introducen dos nuevos cambios en la materia.

Por un lado, por cuarta vez en menos de dos años se modifica la redacción del art. 82.3 ET en lo que se refiere a la gestión del desacuerdo ante los procedimientos de solución autónoma, quedando como potestativo el recurso a estos medios de solución extrajudicial que, sin embargo, obligatoriamente se deberían haber negociado en un acuerdo interprofesional <sup>1126</sup>. Por el otro, se prevé una última fase en la gestión del desacuerdo por la que se posibilita el sometimiento del conflicto ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, u órgano correspondiente de Comunidad Autónoma, opción que de manera mediata incide en la solución autónoma.

## *2.2.- El modelo vigente: el papel del acuerdo interprofesional y del convenio colectivo en la regulación de los procedimientos para la solución efectiva de las discrepancias en descuelgues*

Tras la tramitación parlamentaria como Ley de la norma de urgencia de febrero de 2012 <sup>1127</sup>, se modifica por última vez hasta el momento la redacción del art. 82.3 ET en lo que se refiere a los mecanismos para la solución efectiva de las discrepancias ante los órganos de solución autónoma de conflictos ex art. 83 ET <sup>1128</sup>.

A partir de julio de 2012, el legislador previene que las partes “*deberán recurrir*” a los procedimientos “*que se hayan establecido*” en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico para “*solventar de manera efectiva las discrepancias*” surgidas en la

---

<sup>1126</sup> Nuevo párr. 7º en el art. 82.3 ET en redacción dada por art. 14 Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral: “*En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia fuera planteada. Cuando ésta no alcanzara un acuerdo, las partes **podrán recurrir** a los procedimientos **que deben establecerse en los acuerdos interprofesionales** de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente Ley, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.*” (Negrita del que suscribe)

<sup>1127</sup> Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, BOE nº 162 de 7 de julio, art. 14 apartado Uno.

<sup>1128</sup> Art. 82.3 ET párr. 7º en su redacción actual dada por art. 14 Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: “*En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes **deberán recurrir** a los procedimientos **que se hayan establecido** en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente ley, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.*” (Negrita del que suscribe)

negociación de los acuerdos de descuelgue, “*incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante*” <sup>1129</sup>.

En una primera lectura del modelo, el legislador traza una línea de continuidad en lo esencial en la apuesta por los medios de solución autónoma de conflictos en la gestión del desacuerdo. No obstante, existen ciertas matizaciones que resulta necesario destacar.

Así, en primer lugar, se recupera el carácter obligatorio del recurso a los procedimientos de solución autónoma de conflictos pactados en los acuerdos interprofesionales, en un trámite preceptivo sin cuyo cumplimiento no sería posible, en su caso, acudir a la siguiente fase en la gestión del desacuerdo. Es ésta una conclusión que se deduce del simple tenor literal del precepto al contraponer la redacción vigente con la anterior.

En este sentido, se retoma una característica en la gestión del desacuerdo en los períodos de consultas en los descuelgues introducida en la norma con la reforma de junio de 2010 y que se había suprimido de manera un tanto sorprendente en la versión del Real Decreto Ley 3/2012 al quedar el trámite como potestativo. En consecuencia, no hay duda en el sentido de que en la versión de julio de 2012 el legislador impone como obligatorio el trámite de la solución autónoma ante los órganos bipartitos ex art. 83.3 ET antes del recurso a la sucesiva fase ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano equivalente de Comunidad Autónoma <sup>1130</sup>. No obstante, se elimina del texto de la Ley cualquier referencia a la eficacia general y directa de los acuerdos ex art. 83.3 ET <sup>1131</sup>.

---

<sup>1129</sup> A juicio de algún autor la remisión que el art. 82.3 ET efectúa al art. 83 del mismo texto legal es de una “*notable equivocidad*” por cuanto estos procedimientos pueden establecerse no sólo en acuerdos interprofesionales sino también, y conforme reconoce el párrafo segundo del art. 83.2, en relación con el art. 91.2, ambos del ET por la vía del convenio colectivo. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 168: “*En suma, los cauces negociales para la implantación de procedimientos de solución de conflictos derivados del art. 83.2 ET son dos, de una lado, los acuerdos interprofesionales y, de otro, los convenios colectivos*”

<sup>1130</sup> En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*. Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, enero 2014, p. 126: el legislador arbitra un procedimiento de solución del conflicto que debe ser obligatoriamente utilizado por las partes, quien se remite a MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Inaplicación del convenio colectivo”, *Actum*, nº 76, 2013, p. 22.

<sup>1131</sup> La supresión de la referencia legal en cuanto a la aplicación general y directa de los acuerdos ex art. 83.3 ET, para determinado sector doctrinal se podía interpretar como un refuerzo del papel del convenio frente al acuerdo, CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012, Madrid (Civitas), 2012*, p. 391: “*La novedad está, sin embargo, en que los procedimientos que establecen los acuerdos interprofesionales en la alusión del art. 82.3 ET dejan de ser de aplicación general y directa, lo que puede querer reforzar el papel del convenio aplicable concretando esos procedimientos y adaptando en su caso los regulados en los acuerdos interprofesionales, en los términos que le propone el art. 85 ET*”. En esta lectura de cierta jerarquización entre el convenio y el acuerdo, no tendría entonces sentido la previsión ex art. 85.3 c) ET en lo referido al límite en el nivel del convenio de la adaptación de lo pactado en el acuerdo interprofesional, con lo que más bien parece que nos encontramos ante la supresión en el texto de la norma de una cualidad obvia de los acuerdos que no necesitaría de previsión expresa dada la eficacia general y directa de estos acuerdos ex art. 83.3 ET.

Dicho esto, esta obligatoriedad de recurrir a los procedimientos de solución autónoma queda en cierta manera en entredicho cuando observamos que de la simple lectura de la norma no se deduce en principio la obligatoriedad de regulación de estos procedimientos en todo caso en el acuerdo interprofesional. A estos efectos, la versión actual del texto del art. 82.3 ET es menos contundente que en versiones precedentes<sup>1132</sup>.

Precisamente por ello, determinado sector interpreta que con la nueva redacción tras Ley 3/2012 ya no resultaría obligatorio regular siempre y en todo caso en el acuerdo interprofesional los procedimientos para el desbloqueo en inaplicaciones del convenio colectivo, resultando tan solo preceptivo recurrir a ellos en el supuesto de que los negociadores al máximo nivel hubieran hecho uso de esta posibilidad. En este sentido, el art. 82.3 ET autorizaría pero no obligaría a la regulación, tratándose de una norma meramente “habilitante”<sup>1133</sup>. Más allá, no se podría imponer desde la norma un acuerdo sobre una materia como la solución de conflictos, tampoco, en su caso, que el acuerdo interprofesional negociado tuviera que incluir obligatoriamente mecanismos para la solución de la discrepancia en períodos de consultas en descuelgues<sup>1134</sup>.

---

<sup>1132</sup> En este sentido, del anterior “*se deberán establecer*” en la versión del art. 82.3 ET párr. 7º con la Ley 35/2010, se pasa a la redacción “*que se hayan establecido*” con la versión de la norma en la Ley 3/2012. Ciertamente la redacción es mucho menos explícita.

<sup>1133</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, págs. 95 y ss: “*Por lo que se refiere a estos últimos, y a diferencia de lo que ha ocurrido en versiones anteriores, el art. 82.3. VII ET es una norma meramente “habilitante”. Ya no se les obliga a establecer procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en el período de consultas; simplemente se les autoriza para hacerlo aunque de manera amplísima -incluyendo, por tanto, la introducción del eventual “compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante”-. Esta autorización, por supuesto, no queda limitada a los acuerdos interconfederales: cualquier convenio colectivo, de acuerdo con las reglas generales, puede optar por establecer un compromiso de este tipo como de hecho comienza a suceder con cierta frecuencia*”, GOERLICH se refiere a que comienza a ser habitual en convenio estatal sectorial establecer el carácter obligatorio del trámite arbitral de los procedimientos interconfederales de forma directa, por ejemplo., art. 97 del Convenio del corcho, BOE 21 sep. 2012, art. 35 del Convenio de pizarra, BOE, 10 nov. 2012, o art. 94 del Convenio perfumería y afines, BOE o oct. 2012.

<sup>1134</sup> GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 115: “*Desde mi punto de vista, no considero que esta regulación suponga que los sujetos negociadores tengan la obligación de alcanzar un acuerdo interprofesional sobre esta cuestión (eso equivaldría a imponer legalmente un acuerdo sobre una materia como la solución extrajudicial de conflictos); por idéntico motivo tampoco entiendo que si se establece dicho acuerdo, éste tenga obligatoriamente que regular mecanismos de solución a situaciones de discrepancia en el procedimiento de consultas en descuelgue de condiciones; más aún, si se llega a este punto, tampoco estimo que tengan la obligación de regular un sistema arbitral para resolver las discrepancias que se produzcan ex art. 82.3 ET, sino que tienen libertad para configurar los sistemas que consideren más adecuados*”. Para este autor, la solución “efectiva” no puede ser garantizada por los acuerdos interprofesionales, “*pues el legislador no obliga a tener que utilizar un procedimiento que evite radicalmente la discrepancia: de un lado la mediación no es más que un proceso de negociación asistida en el que los propios sujetos negociadores contarán con un tercero para intentar llegar a un acuerdo, pero no pueden imponer el acuerdo. De otro lado, el arbitraje no es obligatorio (lo contrario, entiendo que sería inconstitucional)*”, p. 119.



No obstante, y pese a la redacción literal del actual art. 82.3 ET, a nuestro juicio se impone una lectura correctora en el sentido de que sí procede esta obligación de negociación en el acuerdo interprofesional de procedimientos para la solución efectiva de la discrepancia en el período de consultas, en una norma que despliega sus efectos en el terreno del “deber negociar” por los siguientes motivos.

En primer lugar, porque el propio legislador refiere textualmente que las partes “*deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido*” en el acuerdo interprofesional. Y en este sentido, del “*podrán recurrir*” que se contenía en la redacción de la norma dada por el Real Decreto 3/2012 se pasa al más contundente “*deberán recurrir*” en la redacción dada por Ley 3/2012. Si resulta obligatorio recurrir a estos procedimientos es porque se han debido prever en el acuerdo interprofesional, no tiene otra lógica la previsión legal, cuestión distinta será la del alcance de esa intervención.

En segundo lugar, cuando en el contenido mínimo del convenio el legislador impone a las partes la negociación ex art. 85.3 c) ET de procedimientos para la solución efectiva de la discrepancia en períodos de consultas en descuelgues, obliga a negociarlos con el límite de la adaptación a lo negociado en el nivel del acuerdo interprofesional. Si esto es así, parece que la interpretación lógica es la de entender que deberían existir esos procedimientos en el nivel interprofesional, si no, no tiene sentido la alusión al límite de la necesaria adaptación.

Por otra parte, en tercer término, es ésta la interpretación que mejor se cohonestaría con la finalidad de la norma, que no es otra que la de posibilitar el desbloqueo de la negociación fallida en el período de consultas. En este contexto, ningún sentido tendría imponer a las partes la obligatoriedad de acudir a un procedimiento de solución autónoma que no fuera imperativo negociar, máxime cuando de las experiencias negociales se constata habitualmente una escasa preocupación por la regulación de este tipo de procedimientos en este nivel de negociación del convenio colectivo.

A mayor abundamiento, la regulación del procedimiento en el máximo nivel de negociación en el acuerdo interprofesional dota al sistema de una coherencia y de una uniformidad que, de otro modo, no quedaría garantizada si se dejara la resolución del conflicto en manos exclusivas del convenio colectivo. De ahí que el legislador imponga en el nivel del convenio el límite de la adaptación a lo pactado en el acuerdo interprofesional como medio para garantizar esa coherencia.

Y en todo caso, la supresión en el texto de la norma de la referencia a la aplicación general y directa del acuerdo interprofesional tampoco podría interpretarse como un debilitamiento de la obligación del “deber negociar”. En este sentido, la aplicación general y directa del acuerdo interprofesional no se pone en duda desde temprana jurisprudencia del Tribunal Supremo <sup>1135</sup>,

---

<sup>1135</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de noviembre de 1989, en recurso de casación por infracción de ley, Ponente Antonio Martín Valverde, RJ\1989\8068, F.J. 2º: “*El Estatuto de los Trabajadores ha querido distinguir estos acuerdos o convenios-marco del art. 83.2 ET de los llamados convenios o «acuerdos sobre materias concretas», mencionados en el art. 83.3 ET, que pueden celebrarse en el mismo nivel y por los mismos agentes negociadores que los anteriores. El propósito del acuerdo o convenio marco es el de regular la estructura o contenido de la propia negociación colectiva ordinaria, a diferencia de los acuerdos sobre materia concreta, art. 83.3 ET, cuya finalidad es establecer*

resultando esta calificación en la norma como una redundancia innecesaria a la vista de la fuerza vinculante del producto de la autonomía colectiva negociado en el nivel del acuerdo interprofesional <sup>1136</sup>, sin que en modo alguno se imponga la necesidad adhesión o ratificación de estos acuerdos en el nivel del convenio <sup>1137</sup>.

Ahora bien, dicho esto, el legislador es consciente de que nos encontramos ante una obligación que se inserta en el terreno del “deber negociar” como hemos apuntado. Motivo éste por el que, en el desarrollo reglamentario de la gestión del desacuerdo en la cuarta y última fase ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, se prevé expresamente en la norma la posibilidad de que no existiera un procedimiento aplicable ex art. 83 ET, pese a la obligatoriedad de negociación <sup>1138</sup>.

En todo caso, el modelo legal de gestión del desacuerdo ante los procedimientos pactados en acuerdos interprofesionales ex art. 83.2 ET se sigue conjugando con la paralela obligatoriedad ex art. 85.3 c) ET de regular en el nivel de la negociación del convenio colectivo procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias en los descuelgues, eso sí con el límite ya reseñado de la adaptación a los procedimientos establecidos al máximo nivel de negociación, en una suerte de “articulación legal” en los procedimientos de solución autónoma. En este

---

*de una manera directa e inmediata una determinada regulación, que se impone sin necesidad de su recepción en un convenio colectivo posterior de ámbito más reducido”*

<sup>1136</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E<sup>a</sup>: “Procedimientos de solución y reforma de la legislación laboral”, en *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, 1995, pág. 70: “los convenios colectivos y los acuerdos interprofesionales pueden establecer con carácter obligatorio procedimientos extrajudiciales para la solución de los conflictos colectivos, sin necesidad de que las partes de dichos conflictos se sometan expresamente a ellos (art. 91, párr. 5º ET, a sensu contrario)” En el mismo sentido, en su artículo “Arbitraje de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1994, pág. 18

<sup>1137</sup> A pesar de ello, tradicionalmente las partes han venido autoimponiendo en los acuerdos interprofesionales de solución autónoma estas exigencias de adhesión o ratificación, en una especie de eficacia normativa “imperfecta”, condicionada en su aplicación pero no por ello mermada SESMA BASTIDA, B.: *Procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos laborales: marco convencional y normativo*, Tesis doctoral, Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones 2004, págs. 216 y ss. En todo caso, el modelo cambia tras la suscripción del V Acuerdo de solución autónoma de conflictos de 7 de febrero de 2012, en cuyo art. 3.2 se reconoce la eficacia general y directa propia de un acuerdo sobre materia concreta ex art. 83.3 ET: “El Acuerdo nace con la finalidad de que el sistema estatal de solución autónoma de conflictos disponga de instrumentos de aplicación general y directa sobre los sectores y empresas incluidos en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de los sistemas propios existentes en determinados sectores y empresas. No obstante, el Acuerdo también nace con el objetivo de servir de referencia a los distintos sistemas de solución autónoma de conflictos que pudieran acordarse tanto a nivel sectorial, como de empresa, grupo de empresas o empresas vinculadas, como a nivel territorial.”.

<sup>1138</sup> Art. 16.2 Real Decreto 1312/2012, de 27 de septiembre: “Únicamente podrá solicitarse la actuación de la Comisión a los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior cuando concurran conjuntamente las siguientes circunstancias: ...b) Que no fueran aplicables los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal previstos en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere el artículo 82.3 del mismo texto legal, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, o cuando, habiéndose recurrido a dichos procedimientos, estos no hubieran resuelto la discrepancia.”

diseño legal articulado, que no es desconocido en nuestro sistema <sup>1139</sup>, los acuerdos interprofesionales van a diseñar los aspectos esenciales de los procedimientos, con eficacia general y directa, adaptando los convenios aquéllos a la realidad concreta de la empresa <sup>1140</sup>.

El legislador trata de asegurar la gestión efectiva del desacuerdo, estableciendo una suerte de coordinación o de articulación legal entre el máximo nivel de negociación y el ordinario del convenio colectivo <sup>1141</sup>, sin que sea posible en éste último ámbito desnaturalizar lo previsto en aquéllos <sup>1142</sup>. De ahí que se haya concluido que el modelo legal prima el seguimiento de los procedimientos previstos en los acuerdos ex art. 83 ET <sup>1143</sup>. A mayor abundamiento, con esta doble secuencia de regulación, la previsión del art. 85.3 c) ET podría servir de perfecto soporte

---

<sup>1139</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>o</sup> E. en “Arbitraje de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva”, Relaciones Laborales, Tomo II, 1994.

<sup>1140</sup> Como se apunta por FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Cláusulas de descuelgue empresarial”, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág. 253 y 254.

<sup>1141</sup> ALFONSO MELLADO, C. en “Novedades en materia de arbitraje y experiencias en el tribunal de arbitraje laboral de la Comunidad Valenciana”, **XII Jornadas de la Fundación SIMA 21, octubre 2010**, p. 22 y 23: “los Acuerdos Interprofesionales de ámbito territorial diseñan en lo esencial los procedimientos que, además, al ser de eficacia directa pueden ya aplicarse sin necesidad de un desarrollo posterior ni de ratificación expresa por las partes (la norma legal exige eficacia general y directa) y, en su caso, los convenios pueden adaptar esos procedimientos a la realidad concreta del sector o sectores comprendidos en su ámbito, adaptación que lógicamente debe respetar lo pactado en los Acuerdos Interprofesionales y los condicionantes exigidos en la norma (especialmente: aplicación general y directa y solución eficaz del desacuerdo).”

<sup>1142</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial”, *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 120. CALVO GALLEGO, F.J.: “Algunas notas sobre el papel de los sistemas extrajudiciales en los procesos de inaplicación de convenios estatutarios”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 351 y 352

<sup>1143</sup> LANTARÓN BARQUIN, D.: “Novedades normativas y proyección de la reforma laboral de 2010 en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24 (2011), p. 19: “El nuevo art. 85.3. c) establece la posibilidad del convenio colectivo de adaptar “en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tales artículos”. Previsión que cabría interpretar, según se ha señalado, como un aliento a la llama de la dificultad de cohesión los artículos 85.3 ET y 82.3 ET en su nueva redacción. Y ello porque aquel primero antepone a la parafraseada coetilla legal el establecimiento como contenido mínimo del convenio colectivo estatutario de los “procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de conformidad con lo establecido en el artículo 41.6 y para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3”. No obstante, la imperatividad de la nueva dicción legal de este último precepto, la llamada a la eficacia directa de sus procedimientos y a la adaptación de los mismos en el art. 85.3 c), invitan en una primera lectura a pensar que en el modelo legal prima el seguimiento de los procedimientos dispuestos en los ASEC -la uniformidad advertida-, que han de pasar a contemplar este extremo, salvedad hecha de su “adaptación” realizada en el convenio colectivo correspondiente. Término éste cuyo alcance es difícil de precisar pero que parece más bien llamar a una concreción o desarrollo de lo dispuesto en los ASEC.”

para la actualización en el nivel del convenio colectivo de compromisos arbitrales “en frío” <sup>1144</sup> suscritos, en su caso, en el nivel del acuerdo interprofesional <sup>1145</sup>, garantizándose en mayor medida la finalidad perseguida en la norma, la efectiva gestión del desacuerdo.

No obstante, con la incorporación en la norma de la última fase en la gestión del desacuerdo ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos se produce un cambio importante en el papel de los procedimientos de solución autónoma a partir de la reforma de 2012.

En este sentido, se ha apuntado cierta “*Línea de discontinuidad*” o “*de contraste*” en el modelo que provoca reconsideraciones del mismo, con cambios de orientación que suponen contradecir a las reformas precedentes y cuya comprensión sería compleja, en la medida que los cambios de orientación no se producen de manera inmediata en la regulación precisa y directa de los mecanismos de mediación y arbitraje, sino que derivan del contexto general en el que se insertan. En esta interpretación, se produciría un debilitamiento de la solución autónoma por el efecto colateral de la introducción de la última fase <sup>1146</sup>.

A nuestro juicio no hay que llegar tan lejos en esta apreciación. Sin descartar la influencia, importante, de la posible última fase heterónoma en la superación de los conflictos en la vías previas de solución autónoma, -no hay más que asomarse a los datos estadísticos que apuntamos a los largo de este trabajo-, no hay debilitamiento alguno de la autonomía colectiva en el modelo en lo que concierne a la posibilidad de solución autónoma.

En este sentido, las propias partes negociadoras en el acuerdo interprofesional o en el convenio colectivo, en uso de su autonomía colectiva, van a poder convertir el recurso a estos

---

<sup>1144</sup> La expresión se toma de trabajo de CRUZ VILLALÓN, J. “El arbitraje laboral en la reforma legislativa”, *El arbitraje laboral: Los acuerdos de empresa*, VI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, OJEDA AVILÉS, A. (coord.), Editorial Tecnos S.A., 1996, pág. 47

<sup>1145</sup> En esta línea apuntaba ALFONSO MELLADO, C.: “Novedades en materia de arbitraje y experiencias en el tribunal de arbitraje laboral de la Comunidad Valenciana”, **XII Jornadas de la Fundación SIMA 21, octubre 2010**, p. 21, entiende que “*la norma está pensando en que será en esos convenios en los que en su caso deberán producirse los compromisos expresos de sometimiento a procedimientos de solución, normalmente el arbitraje, que garanticen que estos conflictos alcanzan solución efectiva*”.

<sup>1146</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 389: “*Dicho de otro modo, la clave se encuentra en la alteración de otras piezas del entramado normativo de la negociación colectiva, diversos a la mediación y el arbitraje, pero que, como tales, producen un impacto colateral muy intenso sobre la funcionalidad de los procedimientos de solución de conflictos. Se trata de piezas de ese entramado que alteran la posición de las respectivas partes en el proceso negocial y que, por derivación, impactan sobre la virtualidad práctica de los mecanismos de solución de conflictos*”. Aunque formalmente se otorgue idéntica capacidad de resolución a la discrepancia por esta vía, materialmente se produce un notable debilitamiento de la vía autónoma por efecto colateral derivado de la introducción de la cuarta fase, pág. 390: “*no cabe la menor duda de que el trámite de la mediación y el arbitraje del ASAC no es ya el mecanismo final contemplado por la ley, sino tan sólo uno intermedio hasta llegar al final ya mencionado. No se puede dudar de ahora, igualmente, se produce, por efecto reflejo, una alteración sustancial del rol de los mecanismos voluntarios de resolución de conflictos en la medida en que surge uno final alternativo a éste, que, por decirlo con cierta simplicidad, le hace una fuerte competencia*”.

medios de solución autónoma en la fase final de resolución de las discrepancias en descuelgues, impidiendo con ello el acceso a la cuarta y última fase prevista de manera subsidiaria en la Ley <sup>1147</sup>. Es más, de cumplir con el mandato legal ex art. 85.3 c) ET, deberían negociar en el convenio procedimientos para la solución efectiva de la discrepancia adaptando los del acuerdo interprofesional, por lo que no existe duda de la preferencia legal a favor de la solución consensuada del conflicto.

En este contexto no hay debilitamiento alguno del modelo de solución autónoma, antes al contrario. No obstante, es cierto que la introducción de la posible cuarta fase en la gestión del desacuerdo, de manera mediata, va a espolear a los negociadores de los acuerdos interprofesionales y de los convenios colectivos para la negociación de mecanismos para la solución efectiva de la discrepancia. En definitiva, va a servir de “acicate” para la solución autónoma.

### **2.3.- La obligatoriedad o no de instauración de un arbitraje obligatorio en el acuerdo interprofesional para la solución de la discrepancia en descuelgues**

Desde la misma promulgación del Real Decreto Ley 10/2010 y, sobre todo, tras la redacción de la norma con la Ley 35/2010 y el Real Decreto Ley 7/2011, se plantea a nivel doctrinal cierta controversia en relación a la posible instauración o no en la norma de un procedimiento arbitral “voluntario” con carácter obligatorio a través de la obligación de suscripción de un compromiso arbitral en el acuerdo interprofesional <sup>1148</sup>.

El problema se planteaba por la contundencia del legislador cuando en la redacción literal del art. 82.3 ET se refería, y se sigue refiriendo a la fecha actual, a la necesidad de recurrir a los procedimientos previstos en acuerdo interprofesional *“para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en períodos de consultas...”*.

---

<sup>1147</sup> En este sentido, el propio CRUZ VILLALÓN textualmente refiere esta posibilidad en “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, pág. 406: “Nada obsta, pues, a que a través de los convenios colectivos se establezca un compromiso previo de sumisión a arbitraje para las discrepancias que puedan surgir entre ellos, siempre que se precise con exactitud al tipo de conflictos a los que se refiere, pudiendo incluir entre ellos los relativos a las discrepancias en materia de descuelgue de condiciones de trabajo”. En esta opción, como reconoce el propio autor líneas más adelante, “lo que en el texto se contempla como mera tercera fase potestativa, por designio de los propios negociadores se convertiría en fase final de resolución de las discrepancias, que agotaría con efectividad el conflicto relativo al descuelgue y que, por efecto derivado, haría de todo punto inútil e imposible acudir a la cuarta de las fases”

<sup>1148</sup> De ahí que se planteara desde tempranos comentarios la necesidad de reformar la gestión del desacuerdo a la vista de la diversidad interpretativa y de la ineficacia a estos efectos. Nos remitimos a trabajos de RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M: “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-ley 10/2010”, *Relaciones Laborales*, nº 15-16 2010, pág. 8 y “La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 25, para quien el tema de la alternativa al desacuerdo podía considerarse abierto a reformas inmediatas.

En este debate, la mayor parte de la doctrina se posicionó en el sentido de que, por mucho que la norma hubiera pretendido establecer una regla impositiva típica del *hard law*, “se deberán establecer”, no pasaba de ser una regla de *soft law* <sup>1149</sup>. En esta línea, pese a la literalidad de la norma, no podía considerarse nunca el arbitraje como obligatorio, constituyendo la fórmula legal tan solo una “llamada” a los interlocutores sociales para que esta fórmula fuera tomada en consideración en los futuros acuerdos profesionales <sup>1150</sup>. La clave interpretativa se residenciaba mayoritariamente en la exigencia de la voluntariedad en la suscripción del compromiso arbitral <sup>1151</sup>: no habiendo voluntariedad, no sería posible el arbitraje.

En esta interpretación, se defendía que la alusión al arbitraje era más “*descriptiva que prescriptiva*” permitiendo la redacción de la norma ambas interpretaciones, si bien la expresión “*en cuyo caso*” en la norma preveía un régimen subsidiario que sólo tendría sentido si los negociadores de los acuerdos interprofesionales declinaran la invitación legal, con lo que el arbitraje no podría ser obligatorio <sup>1152</sup>.

Pero también es cierto que la expresión “*en cuyo caso*” partía de la posibilidad de que no existiese laudo, pero no porque las partes negociadoras hubieran eludido ése compromiso de negociación en el acuerdo interprofesional, “*sino simple y llanamente porque este laudo no*

---

<sup>1149</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 105.

<sup>1150</sup> GONZÁLEZ DE LENA; “La negociación colectiva en la reforma de 2010: Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 221

<sup>1151</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010” en VV.AA., *La reforma del mercado de trabajo*, Dirección GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J), Ed. Lex Nova, Valladolid 2010 pág. 205, LAHERA FORTEZA, J.: “El descuelgue salarial” en AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL-RRÉ, F.): *La reforma laboral de 2010*, Ed. Reus, 2011, LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 22, diciembre de 2010, pág. 2637 o FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Cláusulas de descuelgue empresarial”, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág 253.

<sup>1152</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p. 7 y 8: “*Aunque obviamente el tenor de la ley no es concluyente, a mi juicio, la alusión al arbitraje es más descriptiva que prescriptiva.*...” “*Pese a que la regulación legal en este punto se manifiesta muy beligerante a favor del arbitraje, incluso obligatorio, también prevé un régimen subsidiario para el supuesto de que después de haberse sometido a los procedimientos convencionalmente previstos para la solución de conflictos, este no se hubiera solucionado. Obviamente este régimen subsidiario solo tiene sentido si los negociadores de los acuerdos interprofesionales han declinado la invitación legal de someter la discrepancia en la negociación del convenio colectivo a un arbitraje obligatorio, pues de haber habido un arbitraje obligatorio el conflicto se hubiera solventado. En favor, asimismo, de la interpretación que postulamos cabe hacer mención al proceso de gestación del precepto. En los borradores previos del Real Decreto Ley 10/2010, que está en el origen de la Ley 35/2010 de Medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, sí se preveían fórmulas de arbitraje obligatorio para los supuestos de discrepancias en los pactos de descuelgue, formulas que desaparecieron en la redacción final del Real Decreto Ley y que no se recuperaron en su tramitación como proyecto de ley.*” (Negrita del que suscribe)

*siempre existiría, ya que no sería necesario si se alcanzase el acuerdo con otros procedimientos previos como, por ejemplo, la mediación”* <sup>1153</sup>.

En una posición mucho más categórica, algún autor incluso entendía que la posibilidad de sometimiento a arbitraje, aun habiendo sido pactado en acuerdo interprofesional, sería siempre facultativa para las partes <sup>1154</sup>, argumento éste que no compartimos dada la eficacia general y directa de acuerdo interprofesional a la que ya hemos hecho referencia.

En sentido contrario, se defendió que el legislador había escogido la imposición del arbitraje a la negociación colectiva como única vía para la adaptación de las condiciones de trabajo en los supuestos de desacuerdo, en lo que se calificó como un “arbitraje cuasi-obligatorio” <sup>1155</sup>. En esta línea, cabría hablar de un arbitraje obligatorio aunque con matices, dado que existiría un mandato en la norma para que se pactaran al máximo nivel de negociación en los acuerdos interprofesionales *ex art. 83.3 ET* los procedimientos de solución y para que sirvieran de manera *efectiva* a la solución de las controversias. En cierta manera nos encontraríamos ante lo que en su momento se calificó como un “*arbitraje laboral de origen convencional, pero de naturaleza obligatoria*” <sup>1156</sup>, origen convencional que salvaría las posibles dudas de constitucionalidad <sup>1157</sup>.

---

<sup>1153</sup> CALVO GALLEG0, F.J.: “Algunas notas sobre el papel de los sistemas extrajudiciales en los procesos de inaplicación de convenios estatutarios”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 351.

<sup>1154</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”, *Actualidad Laboral*, nº 4, Quincena del 16 al 28 de febrero 2011, Tomo 1, Editorial La Ley, pág. 4..

<sup>1155</sup> DEL REY GUANTER, S: “Las medidas sobre la flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 107/2010, Monográfico sobre la reforma laboral, pág. 188 y ss. Y ello por mucho que para el autor esta imposición resultara criticable, tanto desde el punto de vista de la eficacia práctica, como desde un punto de vista más conceptual, pues convierte al arbitraje en un medio **cuasi-obligatorio** que choca con la excepcionalidad del arbitraje en nuestro ordenamiento

<sup>1156</sup> Esta posibilidad se planteó en un contexto anterior por ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “La posible obligatoriedad de los nuevos arbitrajes laborales del artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Laboral*, nº 22, 29 de mayo-4 de junio 1995, Doctrina XXII, págs. 350, 351 y 355. Estos autores, a la hora de valorar lo que vinieron en denominar como “**arbitraje laboral de origen convencional pero de naturaleza obligatoria**”, entendían que esta imposición en una primera etapa podría jugar efectos positivos, como el enriquecimiento de la negociación colectiva o el mostrar a las partes la posibilidad de solución de las controversias por otros cauces al margen del judicial.

<sup>1157</sup> Para ALFONSO MELLADO en su artículo “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en VV.AA. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 129 y ss, cabe hablar de arbitraje obligatorio aunque con matices, pues queda remitida a lo que pueda pactarse en los convenios colectivos o acuerdos interprofesionales si bien existe un mandato en la norma en un doble sentido, para que se pacten los procedimientos de solución y para que sirvan de manera efectiva para solventar las discrepancias. El autor refiere que no es del todo voluntario, por no someterse a él directamente los trabajadores afectados, si bien parece respetuoso constitucionalmente al someterse bien por su representación en convenio bien por su representación institucional en acuerdo interprofesional. Para el autor esta opción es respetuosa con la negociación colectiva. Es más, siendo arbitraje de derecho, y estando previsto en convenio o acuerdo interprofesional, la negativa a suscribir el compromiso arbitral de una de las partes no impedirá se dicte el laudo. ALFONSO MELLADO, C.:

Dos circunstancias podían a nuestro juicio incidir en la defensa de la interpretación a favor de la obligatoriedad de instauración del arbitraje obligatorio “voluntario” en el acuerdo interprofesional.

En primer lugar, la apuesta indisimulada por el arbitraje en la exposición de motivos de la norma de urgencia en materia de reforma de la negociación colectiva de junio de 2011. En segundo término, en materia de negociación del propio convenio colectivo, la reforma de la negociación colectiva de 2011 fue mucho más allá pues no sólo preveía el carácter obligatorio del arbitraje en defecto de pacto al respecto en el acuerdo interprofesional <sup>1158</sup> sino que, expresamente, preveía un arbitraje obligatorio en renovaciones de convenios colectivos durante el plazo transitorio de un año hasta el 30 de junio de 2012 en tanto se adaptaran los acuerdos interprofesionales a la reforma laboral promulgada en junio de 2011 <sup>1159</sup>, opción ésta que ciertamente ha pasado bastante desapercibida entre los comentaristas de aquéllas reformas y que en una interpretación conjunta de la norma podía influir en la conclusión.

La redacción literal del precepto en relación con el contexto legal desde luego era propicio para defender esta interpretación a favor del “arbitraje cuasi-obligatorio”.

No obstante, el legislador del 2012 zanja el debate definitivamente en sentido negativo al establecer la posibilidad de acudir a una última fase para la resolución de la discrepancia ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Fase sucesiva y subsidiaria de los procedimientos de solución autónoma y que se prevé en la norma como última vía para la pretendida solución efectiva del desacuerdo. Si se instaura esta última fase decisoria es porque se entiende que en la anterior ante los órganos de solución autónoma no se impone el arbitraje obligatorio, no tiene sentido cualquier otra interpretación <sup>1160</sup>.

En estos términos, en materia de solución autónoma de la discrepancia en la negociación de los descuelgues, el respeto del legislador del 2012 por la autonomía colectiva de los negociadores en el acuerdo interprofesional es probablemente mayor que en el modelo en reformas precedentes. Cuestión distinta es la de la cuarta y última fase.

---

“Novedades en materia de arbitraje y experiencias en el Tribunal de Arbitraje Laboral en la Comunidad Valenciana”, Ponencia XII Jornadas de la Fundación SIMA 2010, pág. 17 y ss.

<sup>1158</sup> Art. 86.3 párr. 3 y 4 ET en redacción dada por Real Decreto Ley 7 /2011

<sup>1159</sup> Disposición adicional primera Real Decreto Ley 7 /2011

<sup>1160</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 98, el alcance la obligatoriedad es diferente en función del procedimiento que se considere; en la mediación “la obligatoriedad de recurrir a ellos es incondicionada, con independencia por tanto de cuál sea la configuración que le dé el correspondiente acuerdo -esto es tanto si está configurada como obligatoria, como si es potestativa para las partes pero obligatoria una vez iniciada por una de ellas o puramente voluntaria-. No parece, sin embargo, que el precepto suponga que la mera previsión por los acuerdos interconfederales de reglas sobre el desarrollo de procedimientos arbitrales al que las partes pueden someterse implique que éstos se transformen en obligatorios. Si así fuera no tendría mucho sentido el contenido de la norma “habilitante” -que deja en manos de los negociadores la facultad de establecer la obligatoriedad-; ni, sobre todo, la intervención posterior de la Comisión Consultiva -que sólo se activa si fracasan los procedimientos autónomos, esto es, si no hay acuerdo-”



No obstante, como quiera que el modelo ampara la previsión de un arbitraje voluntario “obligatorio” en el acuerdo interprofesional o en el convenio, debemos plantearnos la posibilidad desde una perspectiva teórica de la instauración de un arbitraje en estos acuerdos sin la correspondiente suscripción del compromiso arbitral en el nivel de actualización del conflicto.

#### *2.4.- La posibilidad de establecimiento del compromiso arbitral en acuerdo interprofesional o en convenio*

Analizamos a continuación la posibilidad de instauración de un arbitraje obligatorio en un acuerdo interprofesional ex art. 83 ET, o directamente en un convenio colectivo <sup>1161</sup>, como vía para la solución de la discrepancia en los descuelgues.

En principio, el problema se plantea porque estrictamente no existiría separación entre la fuente del establecimiento del arbitraje y el compromiso arbitral de las partes negociadoras en el ámbito descuelgue. Al no suscribirse el necesario compromiso arbitral por las partes afectadas por el descuelgue, podría interpretarse contravenida la regla general en nuestro sistema legal de sometimiento a arbitraje de manera voluntaria, salvo por motivos excepcionales. Si en la mediación el principio voluntarista queda suficientemente garantizado, no ocurre lo mismo cuando resuelve un tercero, al pasar el conflicto de la categoría de procedimiento autónomo a heterónimo. De ahí que se exija el compromiso arbitral, encontrando el arbitraje en estos términos fundamento constitucional <sup>1162</sup>.

Por ello, se plantea el interrogante de si, a estos efectos, sería suficiente con la suscripción del compromiso arbitral “*en frío*” en el acuerdo interprofesional, o en el convenio colectivo en el caso de descuelgue de convenio supraempresarial <sup>1163</sup>, o si, por el contrario, resultaría necesario siempre y en todo caso la suscripción de un compromiso arbitral *ad hoc* por las partes afectadas por el descuelgue en el momento de producirse la actualización del conflicto de manera efectiva en el ámbito empresarial.

---

<sup>1161</sup> Algún autor admitiría tan sólo la suscripción de lo que denomina como “*compromisos anticipados*” en el propio convenio colectivo, no en acuerdo interprofesional, CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dir.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 417. Posición que no era la mantenida anteriormente en CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, p. 105.

<sup>1162</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Ed. Lex Nova, 1ª Edición, agosto 2003, pág. 395, la OIT define el arbitraje obligatorio como “*el que supone la sumisión del conflicto sin el acuerdo o consentimiento de todas las partes interesadas y culmina en un laudo de obligado cumplimiento*”, OIT, *Conciliación y arbitraje en los conflictos de trabajo: Estudio comparativo*, Ginebra, 1987, pág. 168. Frente al obligatorio, el arbitraje voluntario tiene su fundamento jurídico en los preceptos constitucionales de libertad sindical y de autonomía colectiva del 28 y 37 CE, interpretados conforme a los convenios 87 y 98 OIT, así como con el art. 6 de la Carta Social Europea y en la Recomendación nº 92 de la OIT, HERNÁNDEZ VIGUERAS, J.: *La solución de los conflictos en el sistema de relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo, Madrid 1992, pág. 468.

<sup>1163</sup> El problema no se daría en el supuesto del “autodescuelgue”, lógicamente.

A estos efectos, y aunque sabemos que no se aplica en el ámbito laboral más que de manera supletoria <sup>1164</sup>, la propia normativa reguladora de los arbitrajes abre la puerta con carácter general a la suscripción de compromisos arbitrales “en frío” o “en caliente” <sup>1165</sup>, con lo que no se trataría ciertamente de una fórmula desconocida en nuestro ordenamiento jurídico.

En el terreno laboral, la propia eficacia general y directa del acuerdo ex art. 83 ET y del convenio colectivo, y su fuerza vinculante ex art. 37 CE, conducirían a la conclusión de la validez del acuerdo alcanzado en el nivel superior de negociación <sup>1166</sup>, descartándose desde esta perspectiva el criterio de quien entiende que el compromiso tendría meramente carácter obligacional <sup>1167</sup>. En este sentido, no resulta discutible que las partes con suficiente legitimidad negocial pueden pactar todo aquello que no esté expresamente prohibido en uso de su derecho a la autonomía colectiva, por lo que no se requeriría de habilitación legal <sup>1168</sup>.

Por lo tanto, la posibilidad que se contempla a nuestro juicio resulta plenamente respetuosa con el modelo constitucional.

A mayor abundamiento, esta opción incluso se presenta como una alternativa ciertamente aconsejable para la solución efectiva de la controversia, existiendo ejemplos de arbitrajes obligatorios en el ámbito de negociaciones a nivel sectorial en importantes sectores de actividad <sup>1169</sup>.

De este modo, parte del problema de la escasa utilización de la institución del arbitraje en el ámbito laboral reside precisamente en la tendencia a contemplar la solución de los conflictos laborales “en caliente”, cuando el tratamiento de los conflictos aconseja que se realice “en

---

<sup>1164</sup> MARÍN CORREA, Ponencia para las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, octubre 2010 “Sentencias y laudos como decisión del conflicto laboral” pág. 7, la Ley de Arbitraje, que se autoproclama supletoria de todos los procedimientos arbitrales, sería también de aplicación supletoria en los arbitrajes laborales, supletoriedad que no se vería enervada por la exclusión de los laborales que hace la propia Ley.

<sup>1165</sup> Título II de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre.

<sup>1166</sup> Nos remitimos nuevamente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de noviembre de 1989 aludida anteriormente a propósito de la fuerza vinculante de los acuerdos marco y de los acuerdos sobre materias concretas.

<sup>1167</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial”, *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 119.

<sup>1168</sup> CALVO GALLEGO, F.J.: “Algunas notas sobre el papel de los sistemas extrajudiciales en los procesos de inaplicación de convenios estatutarios”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 358

<sup>1169</sup> Ejemplo, art. 17.5 del Capítulo III del V Convenio General del sector de la construcción, BOE nº 64 de 15 de marzo de 2012 en el que las partes se someten a arbitraje obligatorio ante el SIMA en materia de inaplicación una vez que la discrepancia no hubiera podido ser solventada en la fase del período de consultas o en la comisión paritaria. Nos remitimos a GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, págs. 95 y ss, art. 97 convenio del corcho, BOE 21 sep. 2012, art. 35 convenio pizarra, BOE, 10 nov. 2012, o art. 94 perfumería y afines.

frío”<sup>1170</sup>. Desde esta perspectiva, resulta conveniente distanciar la fuente de establecimiento del compromiso arbitral del ámbito de conflicto.

En estos supuestos de arbitrajes obligatorios *“pactados colectivamente”*, la propia fuente de establecimiento del arbitraje operaría también como compromiso arbitral, ofreciendo además, al margen de la ventaja en términos de economía procedimental, beneficios indudables para la propia conformación del sistema de relaciones laborales, como la afectación tanto a los firmantes en la fuente como a los no firmantes y, sobre todo, el fortalecimiento de la autonomía colectiva<sup>1171</sup>.

Al margen de que también se señalan otro tipo de ventajas, sobre todo en conflictos en los que cabe apreciar la existencia de razones con escaso componente jurídico, económicas, técnicas, organizativas o de producción, con el efecto directo de limitar la capacidad de actuación unilateral del empresario<sup>1172</sup>.

Por estos razonamientos, nos mostramos totalmente de acuerdo con la interpretación por la que se defiende que los denominados *“compromisos de futuro”* serían plenamente vinculantes dada la eficacia general y directa de estos acuerdos, pudiendo exigirse incluso su cumplimiento en vía judicial<sup>1173</sup>.

---

<sup>1170</sup> ALFONSO MELLADO, C.: “Novedades en materia de arbitraje y experiencias en el Tribunal de Arbitraje Laboral en la Comunidad Valenciana”, Ponencia XII Jornadas de la Fundación SIMA 2010 que se refiere a la *“acusada tendencia a contemplar la solución de los conflictos laborales en caliente, esto es, cuando el conflicto ya se ha producido, lo que es más propio de una cultura de confrontación, cuando el tratamiento acerca de la solución de conflictos es aconsejable que se realice en frío, esto es, con un carácter preventivo, de anticipación, para determinar las vías que se utilizarán cuando surja el conflicto y se bloqueen otros canales de solución”*

<sup>1171</sup> En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ en su artículo “Problemas aplicativos de la ordenación del arbitraje en conflictos colectivos previsto en el ASEC”, *Relaciones Laborales*, agosto 2000, págs. 24 y 25, diferenció entre arbitraje obligatorio y voluntario para determinar la necesidad o no de suscripción del compromiso arbitral *ad hoc*. Así, como ejemplo, en el ASEC de ámbito estatal, en tanto que el procedimiento que regulaba el acuerdo examinado lo era voluntario, se concluía que llevaba aparejada la separación entre la fuente de establecimiento del arbitraje, el propio ASEC, y el compromiso arbitral, que nacería cada vez que surgiera el conflicto. Debiendo las partes por tanto suscribirlo obligatoriamente *ad hoc*. Por el contrario, en los supuestos de arbitrajes obligatorios ***“colectivamente pactados”***, **la propia fuente de establecimiento del arbitraje operaría también como compromiso arbitral, “de manera que el recurso a la fórmula arbitral se impone cada vez y cuantas veces se exteriorice la contienda laboral, sin necesidad de proceder a suscribir el compromiso arbitral”**. (Negrita del que suscribe)

<sup>1172</sup> ALFONSO MELLADO, C.: “Novedades en materia de arbitraje y experiencias en el tribunal de arbitraje laboral de la Comunidad Valenciana”, **XII Jornadas de la Fundación SIMA 21, octubre 2010, p. 10**: *“Pero es que, además, en esos mismos supuestos, al margen de la dinámica de negociación que pueden propiciar para futuras ocasiones, la posibilidad de acudir a árbitros versados en cuestiones no estrictamente jurídicas, la posibilidad de órganos arbitrales colegiados compuestos por varias personas con conocimientos diversos, e incluso la flexibilidad para el asesoramiento del órgano arbitral por expertos imparciales o designados por las partes, facilitan considerablemente la valoración de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción presentes en estas decisiones.”*

<sup>1173</sup> ALFONSO MELLADO, C.: “Novedades en materia de arbitraje y experiencias en el tribunal de arbitraje laboral de la Comunidad Valenciana”, **XII Jornadas de la Fundación SIMA 21, octubre 2010, p. 13**, *“Estos compromisos de futuro, llegado el momento, son plenamente vinculantes y si alguna parte no los respeta, se puede exigir su cumplimiento incluso en vía judicial, además de que, si alguna de ellas*

Desde la perspectiva de la fuerza vinculante del acuerdo interprofesional y del convenio colectivo, su establecimiento vendría determinado por un acto negocial llevado a cabo por los representantes de los empleadores y de los trabajadores habilitados al efecto con plena legitimidad para la negociación de este tipo de compromisos. Por lo que un arbitraje de esta naturaleza sería perfectamente ajustado a derecho, por mucho que formalmente se imponga como obligatorio en el nivel del conflicto.

En este sentido, pactándose el compromiso arbitral por la representación institucional en la negociación colectiva al máximo nivel, la solución es plenamente respetuosa con el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical dada la opción legal por un modelo de negociación colectiva residenciado sobre la premisa de la eficacia general y directa del producto resultante de la autonomía colectiva estatutaria, en este caso del acuerdo interprofesional ex art. 83.3 ET o, en su caso, el convenio colectivo supraempresarial.

No obstante, la práctica negocial demuestra que son los menos los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos que han optado por “autoimponerse” el arbitraje como medio último para la solución de las controversias evitando con ello la decisión del órgano tripartito en la cuarta y última fase en la “gestión del desacuerdo” <sup>1174</sup>.

### **3.- LA INTERVENCIÓN DEL ÓRGANO ESTATAL O AUTONÓMICO DECISOR O DEL ÁRBITRO DESIGNADO EN LA SOLUCIÓN DE LA DISCREPANCIA**

Como novedad introducida en la reforma laboral del 2012 en la denominada gestión del desacuerdo en descuelgues de convenio, para el supuesto de que no fueran aplicables los procedimientos previos de solución de la discrepancia ante la comisión paritaria del convenio colectivo o ante los órganos creados mediante acuerdos interprofesionales para la solución autónoma de conflictos ex art. 83.3 ET o, aún siendo aplicables, en el escenario de que no hubieran resuelto de manera efectiva la discrepancia, el legislador prevé en la norma la posibilidad de que una sola de las partes en conflicto someta la controversia a una última fase cuyo procedimiento se va a desarrollar en el seno de un órgano paritario, tripartito y colegiado ajeno a las partes en conflicto <sup>1175</sup>.

De este modo, de conformidad con esta nueva previsión legal, cualquiera de las partes podrá someter unilateralmente y sin acuerdo previo la solución del conflicto ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o ante el órgano equivalente con competencia a nivel autonómico. En el primer supuesto, competencia del órgano estatal, cuando la

---

*instase un proceso sin respetar el compromiso de sometimiento de la discrepancia a arbitraje, es plenamente argumentable frente a su pretensión la excepción declinatoria de sometimiento del conflicto a arbitraje, conforme a los artículos 39 y 63 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.”*

<sup>1174</sup> En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo”, Ponencia a la XXVII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, Madrid, 10 de diciembre de 2014, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, p. 41.

<sup>1175</sup> Nueva redacción del penúltimo párrafo del art. 82.3 ET, primero a través del art. 14 del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, BOE nº 36 de 11 de febrero de 2012, después, tras redacción del art. 14 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, BOE nº 162 de 6 de julio de 2012.

inaplicación de condiciones afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, ante los órganos correspondientes de las comunidades autónomas, en los demás supuestos.

En consecuencia, una vez sometida la discrepancia a los órganos tripartitos, serán éstos los que resuelvan de manera efectiva el bloqueo de la negociación en un plazo no superior a veinticinco días desde la fecha de sometimiento del conflicto sobre la inaplicación, bien mediante decisión adoptada en su propio seno, bien mediante árbitro designado al efecto.

Expresamente, la norma confiere a la solución impuesta la eficacia de los acuerdos alcanzados en el período de consultas, posibilitando su control judicial por el procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET, esto es, por la modalidad procesal de impugnación del convenio colectivo.

En este sentido, la voluntad del legislador del 2012 es clara y manifiesta <sup>1176</sup>. A pesar del intento en las previas reformas laborales por favorecer y potenciar la posibilidad del descuelgue como alternativa al despido, la norma no había garantizado la efectiva gestión del desacuerdo ante el bloqueo de las negociaciones. Por ello, ante la falta de acuerdo y la no solución por las vías autónomas, se prevé la opción legal de someter la cuestión a la decisión de un órgano colegiado y tripartito ajeno al conflicto e integrado por representantes de las organizaciones sindicales y empresariales junto con la Administración, justificando el legislador su intervención en la defensa de la productividad ex art. 38 CE.

A la vista de los datos estadísticos en materia de inaplicaciones registradas desde la puesta en marcha de la previsión legal, se constata que nos encontramos ante una fase en la gestión del desacuerdo con una incidencia práctica prácticamente residual en relación con las tres fases anteriores <sup>1177</sup>. En este sentido, la mera posibilidad de instar una solución heterónoma del

---

<sup>1176</sup> Apartado IV Exposición de Motivos al Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, BOE nº 36 de 11 de febrero de 2012: *“La última reforma del mercado de trabajo pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue, pero, a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis económica, no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno. La norma estatal no ha garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo. Por ello, en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, el presente real decreto-ley incorpora una modificación del régimen del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas. Se trata, en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española.”*

<sup>1177</sup> Incluso desde sectores radicalmente opuestos a la reforma laboral en esta materia se reconoce de manera expresa la prácticamente nula repercusión práctica de la medida, OLARTE ENCABO, S.: *“Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues”*, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9/2014, parte La reforma laboral, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014, p. 23: *“no se puede afirmar, al menos en estos momentos, que se haya producido una avalancha de descuelgues masivamente autorizados, lo que no significa que el problema de base sea el mismo, la legitimidad y constitucionalidad de esta intervención”*

conflicto sin duda ha conllevado como efecto inmediato el de que la mayor parte de los descuelgues se gestionen por la vía del acuerdo en cualquiera de las tres fases previas de solución autónoma del conflicto <sup>1178</sup>.

Si tenemos en cuenta los datos oficiales del total de inaplicaciones de convenios colectivos llevados a cabo hasta el 31 de diciembre de 2014 <sup>1179</sup>, se habrían depositado en los registros de las distintas Autoridades Laborales un total de 5.334 inaplicaciones de convenios, de las que 749 correspondieron al año 2012, -afectando a 29.351 trabajadores-, 2.512 inaplicaciones al año 2013, -afectando a 159.550 trabajadores-, y 2.073 inaplicaciones en el período enero-diciembre 2014, -afectando a 66.203 trabajadores-. Pues bien, en el año 2013, del total de los 2.512 descuelgues el 98,6 por 100 se resolvieron por acuerdo en alguna de las fases, correspondiendo el 90,7 por 100 a acuerdos alcanzados en el período de consultas, porcentaje al que sumar el 4,9 por 100 por acuerdo en comisión paritaria del convenio y el 3 por 100 en mediación ante órgano de solución autónoma de conflictos, habiendo sido sólo el 0,5 por 100 decidido mediante laudo en órgano bipartito de solución autónoma de conflictos y el 0,8 por 100 por decisión en el seno de un órgano tripartito, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano de CCAA equivalente <sup>1180</sup>. En el caso concreto del año 2014 <sup>1181</sup>, en el total del año sólo se dispone del dato del 95,8 por 100 alcanzado en el período de consultas, disponiendo de datos más exactos hasta 30 de septiembre de 2014 <sup>1182</sup>.

Si analizamos en concreto la totalidad de los expedientes de inaplicación tramitados ante el órgano tripartito estatal, en el año 2012 la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos resolvió un total de quince expedientes de inaplicación de convenios colectivos, de

---

<sup>1178</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo”, Ponencia a la XXVII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, Madrid, 10 de diciembre de 2014, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, p. 33: La mayoría de estos descuelgues se produce a resultas de acuerdo entre las partes (2.279 de las 2.512 en 2013; 1.501 de las 1.532 depositadas hasta julio de 2014, lo que representa un 90,7 % y un 98 %, respectivamente del total, de modo que desde el punto de vista formal la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y órganos similares de las CCAA es muy reducido a estos efectos.

<sup>1179</sup> Los datos se obtienen de los Boletines del Observatorio de la negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>1180</sup> De un total de 2512 inaplicaciones de convenio en el año 2013, 2264 habrían sido acordadas en el período de consultas, Boletín Observatorio de la negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos número 42 enero-febrero 2014. En este sentido, también en CAVAS MARTÍNEZ, F.: “*El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC*”, Jornada técnica de la CCNCC “Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET”, Madrid 18 de junio de 2014, p. 7 y 8.

<sup>1181</sup> Boletín Observatorio de Negociación Colectiva nº 47 enero febrero 2015.

<sup>1182</sup> Hasta agosto del 2014, datos más precisos a fecha de actualización de la web a 8 de abril de 2015, de las 1627 inaplicaciones de convenio hasta 30 de septiembre de 2014, un total de 1584 descuelgues fueron acordadas en el período de consultas, lo que supone el 97,35 por 100; 20 inaplicaciones lo fueron por acuerdo en comisión paritaria, lo que supone el 1,22 por 100, y 16 descuelgues se alcanzaron en mediación ante órgano bipartito ex art. 83.3 ET, lo que supone el 0,99 por 100. Tan sólo 7 inaplicaciones se decidieron por arbitraje, 1 en órgano bipartito, 6 en el órgano tripartito, lo que significa que el 0,36 por 100 de las inaplicaciones se decidieron por decisión en la 4ª fase del procedimiento ante la CCNCC según los datos extraídos del Boletín Observatorio de la negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos número 45 agosto-septiembre 2014.

los cuales ocho fueron desestimados por incompetencia territorial <sup>1183</sup>, alguno por incumplimiento de formalidades varias y falta de acreditación del ámbito territorial <sup>1184</sup>, otro por solicitud extemporánea al haber dejado transcurrir excesivo plazo desde la prórroga del convenio sin que hubieran variado las condiciones <sup>1185</sup>, dos por no agotamiento del preceptivo trámite ante el órgano creado mediante acuerdo interprofesional <sup>1186</sup>, uno por resultar incompetente la Comisión Consultiva para resolver la inaplicación de condiciones pactadas en convenio extraestatutario <sup>1187</sup>, otro por el que se procede al archivo por desestimiento <sup>1188</sup> y, finalmente, un único expediente en el que se acuerda la inaplicación consistente en dejar de aplicar el incremento salarial pactado en el convenio colectivo para el año 2013 <sup>1189</sup>.

En lo que se refiere a los datos obrantes del año 2013, se habrían dirigido a la Comisión Consultiva un total de veintinueve solicitudes de inaplicación, de las cuales una se habría archivado por acuerdo entre las partes <sup>1190</sup>, tres se habrían archivado por desestimiento <sup>1191</sup>, un total de ocho expedientes se habrían desestimado por motivos varios, -por ser materia de interpretación del convenio <sup>1192</sup>, por falta de acuerdo <sup>1193</sup>, unánimemente por exceder del plazo razonable para la solicitud <sup>1194</sup>, también unánimemente desestimación por tratarse de inaplicación de un pacto colectivo no de un convenio estatutario <sup>1195</sup>, pese a entender las partes la concurrencia de las causas, y pese a existir informe de la Inspección de Trabajo en éste sentido, se desestima la solicitud por graves incumplimientos formales en el período de consultas-<sup>1196</sup>, o desestimación por entender que no concurrían circunstancias sobrevenidas que pudieran dar lugar a la inaplicación <sup>1197</sup>-. En un total de quince expedientes se habría admitido parcialmente la solicitud, en ninguna íntegramente <sup>1198</sup>, en nueve de ellas mediante

---

<sup>1183</sup> Expediente 1/2012, de fecha 25 de mayo, expediente 3, de fecha 21 de junio, expedientes 4, 5, 6, de fecha 30 de julio, expediente 10, de 2 de octubre, expediente 11, de fecha 22 de septiembre y expediente 15/2012, de 24 de enero de 2013.

<sup>1184</sup> Expediente 2/2012, de fecha 3 de julio de 2012.

<sup>1185</sup> Expediente 8/2012, de fecha 28 de septiembre de 2012.

<sup>1186</sup> Expediente 7, de fecha 13 de septiembre de 2012 y 12/2012, de fecha 10 de enero de 2013.

<sup>1187</sup> Expediente 9/2012, de fechas 14 de septiembre de 2012

<sup>1188</sup> Expediente 13/2012, de fecha 21 de diciembre de 2012.

<sup>1189</sup> Expediente 14/2012, de fecha 9 de enero de 2013.

<sup>1190</sup> Expediente 12/2013, de 1 de agosto de 2013.

<sup>1191</sup> Expediente 7/2013, de fecha 19 de junio; expediente 11/2013, de fecha 18 de julio y expediente 15/2013, de fecha 26 de julio de 2013.

<sup>1192</sup> Expediente 2/2013, de fecha 18 de febrero de 2013.

<sup>1193</sup> Expediente 3/2013, de fecha 13 de marzo de 2013.

<sup>1194</sup> Expedientes 14 y 17, de fecha 1 de agosto de 2013; expediente 21/2013, de fecha 13 de noviembre de 2013

<sup>1195</sup> Expediente 18/2013, de fecha 1 de agosto de 2013.

<sup>1196</sup> Expediente 19/2013, de 12 de septiembre de 2013

<sup>1197</sup> Expediente 28/2013, de 14 de enero de 2014

<sup>1198</sup> Expedientes 1/2013, de fecha 7 de febrero de 2013; expediente 4/2013, de 5 de abril de 2014; expediente 5/2013, de fecha 24 de mayo de 2013; expediente 6/2013, de 28 de junio de 2013; expediente 8/2013, de 8 de julio de 2013; expediente 9/2013, laudo Francisco González de Lena, de fecha 29 de julio de 2013; expediente 10/2013; laudo Mercedes López Balaguer, de fecha 19 de agosto de 2013; expediente 13/2013, de 1 de agosto de 2013; expediente 16/2013, laudo Alfredo Montoya Melgar, de fecha 31 de julio de 2013; expediente 20/2013, laudo Jordi García Viña, de fecha 10 de octubre de 2013; expediente 22/2013, laudo Rafael Martínez de la Gándara, de fecha 4 de noviembre de 2013; expediente 23/2013, laudo de fecha 14 de noviembre de 2013, Carmen Ortiz Lallana; expediente 24/2013, laudo de fecha 12 de noviembre Alfredo Montoya Melgar; expediente 25/2013, laudo de fecha

laudo arbitral <sup>1199</sup>, el resto mediante decisión en su propio seno. Interesante destacar a los efectos del alcance limitado de la intervención la problemática en relación a la entrada en vigor de la medida y a su alcance retroactivo, pues a efectos prácticos la solicitud sólo procederá desde que se dicte el laudo o decisión <sup>1200</sup>, o la reducción del alcance temporal solicitado <sup>1201</sup>. Por último, durante el año 2013 se declara la no competencia de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en dos solicitudes, en una por estar el ámbito territorial del conflicto circunscrito en exclusiva a determinada Comunidad Autónoma <sup>1202</sup>, en la otra, por no haber sido objeto de publicación el convenio colectivo del que se pretendía el descuelgue <sup>1203</sup>.

Por lo que respecta al año 2014, diez han sido los expedientes tramitados <sup>1204</sup>. En el primero, resuelto mediante laudo, se desestima la solicitud empresarial descartando la retroactividad del descuelgue <sup>1205</sup>; en el segundo se archiva la solicitud por desestimiento empresarial <sup>1206</sup>; en el tercero se desestima la solicitud, -en contra del criterio de las organizaciones empresariales-, al no acreditarse los motivos del diferente tratamiento al dirigirse la solicitud de reducción salarial sólo a parte de la plantilla <sup>1207</sup>; en el cuarto, por no haberse acreditado el empeoramiento de la situación con respecto a la tomada en consideración a la hora de dictar anterior laudo <sup>1208</sup>; en el quinto, el laudo arbitral estima parcialmente la solicitud de descuelgue de la empresa al concurrir las causas económicas alegadas previa valoración de la proporcionalidad de las medidas y de su adecuación en relación con sus efectos sobre los trabajadores afectados <sup>1209</sup>; en el sexto, y pese al inicial criterio favorable a la estimación de las organizaciones empresariales, se desestima por unanimidad la solicitud al entender que no se había dado cumplimiento a la obligación de informar a los trabajadores de los centros de

---

4 de diciembre Faustino Cavas y expediente 29/2013, laudo de fecha 3 de febrero de 2014 Carmen Ortiz Lallana.

<sup>1199</sup> Expediente 9/2013, de fecha 29 de julio de 2013, laudo Francisco González de Lena; expediente 10/2013, laudo Mercedes López Balaguer de 19 de agosto de 2013; expediente 16/2013, laudo de 31 de julio; expediente 20/2013, laudo Jordi García Viña; expediente 22/2013, laudo Rafael Martínez de la Gándara; expediente 23/2013, laudo de 14 de noviembre Carmen Ortiz Lallana; expediente 24/2013, laudo de fecha 12 de noviembre Alfredo Montoya Melgar; expediente 25/2013, laudo de fecha 4 de diciembre Faustino Cavas; expediente 29/2013, laudo de fecha 3 de febrero de 2014 Carmen Ortiz Lallana.

<sup>1200</sup> En el supuesto del Expediente 29/2013 sólo procedería el descuelgues salarial en los meses de febrero y marzo de 2014, con lo que la medida queda prácticamente neutralizada. También consultar a los efectos de la retroactividad el expediente 25/2013 consistente en laudo dictado por Faustino Cavas Martínez.

<sup>1201</sup> Expediente 22/2013, Rafael Martínez de la Gándara en el que se reduce el ámbito temporal y material de la solicitud.

<sup>1202</sup> Expediente 26/2013, de fecha 19 de noviembre de 2013.

<sup>1203</sup> Expediente 27/2013, de 18 de diciembre de 2013.

<sup>1204</sup> Boletín Observatorio de la negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos número 46 octubre-diciembre 2014

<sup>1205</sup> Expediente 1/2014, laudo de 10 de febrero de 2014, árbitro Faustino Cavas Martínez: en el supuesto la situación llegaba al extremo de haberse publicado el convenio en junio de 2013 con efectos retroactivos en materia salarial para los años 2012 y 2013

<sup>1206</sup> Expediente 2/2014, archivo por la CCNCC de fecha 28 de febrero de 2014.

<sup>1207</sup> Expediente 3/2014, decisión de la CCNCC de fecha 9 de abril de 2014.

<sup>1208</sup> Expediente 4/2014, decisión de la CCNCC de fecha 9 de abril de 2014.

<sup>1209</sup> Expediente 5/2014, árbitro María Antonia Castro Argüelles, laudo de fecha 3 de julio de 2014.



trabajo sin representación de la posibilidad legal de nombrar una representación *ad hoc* <sup>1210</sup>; en el séptimo, se archiva la solicitud empresarial al no haberse acreditado el cumplimiento del requisito de haberse sometido a la fase de los procedimientos de solución autónoma o, de que no eran aplicables, además de existir una falta de entrega de documentación justificativa de la situación económica a la parte social <sup>1211</sup>; en el octavo expediente, desestimación de congelación salarial efectuada por empresa de limpieza por el motivo de incumplimiento de la negociación de buena fe unida a la dilación en más de seis meses entre el período de consultas y la solicitud de inaplicación, lo que condiciona la valoración de la causa aducida <sup>1212</sup>; noveno, se desestima unánimemente solicitud de supresión paga de beneficios, congelación plus de antigüedad y reducción 50 por 100 plus transporte por inadecuada conformación de la comisión negociadora <sup>1213</sup>; finalmente, expediente décimo por el que se archiva la petición como consecuencia de escrito de desestimiento empresarial <sup>1214</sup>

A la vista de los datos objetivos expuestos, una lectura sosegada de las estadísticas demuestra que nos encontramos ante una intervención heterónoma claramente residual y con una eminente vocación coyuntural al encontrarse estrechamente vinculada a la situación de crisis empresarial <sup>1215</sup>, conclusión esta que sin duda debe presidir cualquier interpretación en clave de la constitucionalidad de la medida.

Circunstancia ésta última que se confirma cuando comprobamos que las solicitudes de inaplicación dirigidas a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el ejercicio del 2014 apenas alcanzan el 34,5 por 100 de las solicitudes instadas en el año 2013, lo que demuestra a las claras la excepcionalidad de la medida.

Analizamos a continuación el régimen jurídico del mecanismo legal para la solución del conflicto en la última fase del procedimiento.

### *3.1.- La ampliación de las competencias de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos a las funciones decisorias en materia de descuelgues*

En origen, y desde su creación por la disposición final octava de la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos había venido desempeñando funciones de asesoramiento y consulta en materia de negociación colectiva en orden al planteamiento y delimitación del ámbito funcional de los convenios colectivos,

---

<sup>1210</sup> Expediente 6/2014, decisión de la CCNCC de fecha 23 de julio de 2014.

<sup>1211</sup> Expediente 7/2014, decisión de la CCNCC de fecha 24 de septiembre de 2014.

<sup>1212</sup> Expediente 8/2014, decisión de la CCNCC de fecha 8 de octubre de 2014.

<sup>1213</sup> Expediente 9/2014, decisión de la CCNCC de fecha 14 de enero de 2015.

<sup>1214</sup> Expediente 10/2014, decisión de la CCNCC de fecha 12 de diciembre de 2014.

<sup>1215</sup> Esta tendencia del menor número de inaplicaciones en el año 2014 con respecto a las efectuadas en 2013 se confirma en el estudio efectuado por CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo”, Ponencia a la XXVII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, Madrid, 10 de diciembre de 2014, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, p. 33. Además de por la situación económica, el autor entiende que la disminución de inaplicación se justifica al haberse ido produciendo un trasvase del recurso al mecanismo del descuelgue por la apuesta más general por la negociación del convenio propio.

añadiéndose a estas funciones en un momento posterior las de observatorio de la negociación colectiva para la información, estudio y difusión de la misma <sup>1216</sup>.

La situación cambia sobremanera tras la reforma laboral de 2012, asignándose a la Comisión nuevas competencias en materia de solución de las discrepancias en la negociación de los descuelgues de convenio colectivo <sup>1217</sup>. De este modo, a las tradicionales funciones consultivas y de observatorio de la negociación colectiva, se le añaden las funciones decisorias en materia de inaplicaciones de convenios colectivos <sup>1218</sup>.

En el modelo legal propuesto, el legislador del 2012 se aparta expresamente del diseñado en la anterior reforma de junio de 2011, y no sólo por la ampliación de sus competencias a las de la solución de controversias en descuelgues. En este sentido, en la reforma en materia de negociación colectiva de junio de 2011, se había previsto la constitución de un nuevo órgano colegiado de consulta y asesoramiento que sustituiría en sus funciones a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, el denominado Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva, órgano de carácter tripartito y paritario adscrito al Ministerio de Trabajo e Inmigración e integrado por representantes de la Administración General del Estado y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas <sup>1219</sup>. Si bien hasta tanto no se produjera la entrada en funcionamiento del nuevo Consejo expresamente se preveía la continuidad de la Comisión Consultiva en su actividad <sup>1220</sup>.

---

<sup>1216</sup> Disposición adicional séptima en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo

<sup>1217</sup> Art. 82.3 párr. 8º ET en redacción Ley 3/2012: *“Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91”*

<sup>1218</sup> Solución ésta propugnada antes de la reforma laboral del 2010 por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: *“La reforma de la negociación colectiva”*, *Relaciones Laborales*, nº 14, 2010 y que ha sido calificada como “extravagante” por determinada doctrina desde la perspectiva de que lo razonable hubiera sido atribuir la competencia a los sistemas autónomos de solución de conflictos, CRUZ VILLALÓN, J.: *“Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”*, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 48, siguiendo criterio de RODRÍGUEZ-PIÑERO, VALDÉS Y CASAS en *“La nueva reforma laboral”*, *Relaciones Laborales*, nº 5, 2012.

<sup>1219</sup> Art. 7 del Real Decreto Ley 7/2011 que daba nueva redacción a la disposición final segunda del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>1220</sup> Disposición transitoria segunda del propio Real Decreto ley 7/2011.

Con la promulgación de la norma de urgencia de febrero de 2012, -disposición adicional quinta-, la situación vuelve a su origen <sup>1221</sup>, al quedar definitivamente configurada la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos como el órgano competente en las siguientes materias. Primera, asesoramiento y consulta sobre el ámbito funcional de los convenios colectivos. Segunda, el estudio, información y elaboración de documentación sobre la negociación colectiva, así como la difusión de la misma mediante el Observatorio de la Negociación Colectiva. Tercera, la gestión del desacuerdo en los periodos de consultas para la inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de acuerdo con el artículo 82.3 de la Ley, esta última función compartida con los correspondientes órganos autonómicos con competencia en la materia.

A la vista de las nuevas competencias, y en cumplimiento de la previsión contenida en la disposición final segunda apartado 2 del ET en redacción dada por la Ley 3/2012, se promulga un nuevo Reglamento por el que se regula la composición y funcionamiento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos <sup>1222</sup>. Tal y como se recoge en la propia exposición de motivos, se hacía necesario unificar y sistematizar la regulación de su composición y funciones, desarrollar las nuevas competencias decisorias atribuidas por el art. 82.3 ET y adaptar su organización y funcionamiento a las mismas, especialmente a través de la creación de una Comisión Permanente a la que se encomienda el funcionamiento ordinario de la misma.

De la lectura conjunta e integrada del precepto legal del art. 82.3 párr. 8º ET en relación con el desarrollo reglamentario por el que se regulan las funciones decisorias ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, se deducen las principales características del modelo propuesto que pasamos a analizar.

### *3.2.- Características del modelo de solución de la controversia ante el órgano tripartito propuesto en la norma*

#### **3.2.1.- Intervención potestativa, subsidiaria y desactivable por la autonomía colectiva**

Tres son las características del modelo legalmente propuesto en lo referente al carácter de la intervención del órgano tripartito que, de inicio, resulta necesario destacar.

La primera, el carácter potestativo de su intervención, pues ésta no se impone en la norma como trámite obligado, siendo activable únicamente a instancia de una de las partes en conflicto, nunca de oficio. La segunda, la naturaleza subsidiaria y de último grado de la intervención ante el órgano tripartito respecto de las fases anteriores en la solución autónoma del conflicto, pues sólo se va activar ante la falta de acuerdo en las fases previas. En tercer término, la posibilidad de neutralizar o desactivar esta última fase en la gestión del desacuerdo por la propia voluntad de las partes negociadoras vía autonomía colectiva.

---

<sup>1221</sup> Disposición final segunda del ET

<sup>1222</sup> Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, BOE nº 234, de 28 de septiembre de 2012

Así, en primer término, en lo que se refiere al carácter potestativo de la intervención, y al contrario de lo prevenido para el supuesto de la fase previa de gestión del desacuerdo ante los órganos de solución autónoma de conflictos creados mediante acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos *ex art. 83 ET* <sup>1223</sup>, el legislador no impone de manera obligatoria en el precepto legal la actuación del órgano decisorio. De este modo, el procedimiento se activa exclusivamente a solicitud de una de las partes en conflicto <sup>1224</sup>. En este sentido la norma es lo suficientemente explícita cuando textualmente previene que cualquiera de las partes “*podrá*” someter la solución de la discrepancia al órgano tripartito competente.

No obstante, una vez solicitada su intervención, normalmente por el empresario, resultará preceptiva para la parte no solicitante <sup>1225</sup>, por lo que podemos hablar de un procedimiento potestativo para la parte solicitante pero obligatorio para la no solicitante. Pero siempre a instancia de uno de las dos partes en conflicto, nunca de oficio.

En consecuencia, no existe de partida en el modelo legal una obligatoriedad de sometimiento del desacuerdo ante el órgano tripartito en la última fase.

En segundo lugar, la intervención del órgano decisorio o del árbitro se presenta en la norma con un alcance subsidiario y de último grado respecto de la gestión del desacuerdo en las tres fases previas <sup>1226</sup>, pues el procedimiento ante la Comisión Consultiva Nacional, o ante el órgano autonómico en su caso, únicamente se activa tras el fracaso de la negociación en el período de consultas, ante la comisión paritaria del convenio colectivo o ante el órgano de solución autónoma de conflictos estatal o autonómico *ex art. 83 ET*. O, de haber cumplido los negociadores con su obligación *ex art. 85.3 c) ET*, ante el fracaso del procedimiento específico

---

<sup>1223</sup> Como hemos apuntado anteriormente, en este sentido existe un importante cambio en la redacción de la norma tras la tramitación parlamentaria como Ley de la norma de urgencia, pues en el diseño legal ya no se deja a la voluntad de las partes la posibilidad de sometimiento del conflicto a los mecanismos de solución autónoma, -recordemos que esta intervención era potestativa con la versión anterior en el Real Decreto Ley 3/2012-. Tras la promulgación de la Ley 3/2012, se impone a las partes el sometimiento del desacuerdo a la fase previa de desbloqueo ante los órganos de solución autónoma al establecerse en la norma que “*deberán recurrir*” a esos procedimientos para la “*efectiva*” solución de la discrepancia en el período de consultas: la redacción del art. 82.3 ET tras Ley 3/2012 previene que “*Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos...*”, anteriormente establecía que “*... cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos...*”

<sup>1224</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 165.

<sup>1225</sup> GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 122: no se impone de oficio, sino a instancia de parte, “*bastando que una sola de las partes inicie el procedimiento de aplicación*”.

<sup>1226</sup> En este sentido se pronuncia BLASCO PELLICER, A. en “El nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2013, p. 123 a 140. En la misma línea, Sentencia de la Audiencia Nacional número 219/2013, de fecha 9 de diciembre de 2013, en recurso 339/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana García, F.J. 5º.

diseñado en el convenio colectivo adaptando el del acuerdo interprofesional. De ahí que se haya calificado como ultimo recurso o última “ratio” <sup>1227</sup>.

Es ésta una de las características más reseñables del modelo legalmente propuesto, la de la naturaleza subsidiaria de su intervención <sup>1228</sup>.

Precisamente por esta naturaleza subsidiaria de la intervención, en el desarrollo reglamentario del art. 82.3 ET, a la hora de referirse a la preceptiva documentación a aportar junto con la solicitud de inaplicación ante el órgano tripartito, el legislador expresamente impone a la parte solicitante la acreditación de haberse desarrollado las fases anteriores. En el caso del preceptivo período de consultas, aportando las actas de las reuniones celebradas y la posición de la parte discrepante. En el caso de haber sometido la discrepancia a la comisión paritaria, su acreditación y, en su caso, el pronunciamiento de ésta, o en su defecto la declaración de no ser aplicable. Igualmente, en la tercera fase del procedimiento, el resultado del procedimiento seguido ante el órgano de solución autónoma de conflictos creado mediante acuerdo interprofesional <sup>1229</sup>. Y en este sentido, en el supuesto de incumplimiento en la solicitud de inaplicación de los requisitos establecidos, previa posibilidad de subsanación, se tendrá por desistido al solicitante con el archivo de las actuaciones <sup>1230</sup>.

De esta manera, la solicitud de intervención del órgano tripartito sólo va a admitirse en aquéllos supuestos en los que se acredite que realmente existió una previa y suficiente negociación de buena fe durante el período de consultas, convirtiéndose la negociación previa “efectiva” en requisito ineludible para que el órgano decisorio pueda asumir su competencia, en caso contrario se desnaturalizaría la institución <sup>1231</sup>. Por este motivo, la Comisión Consultiva viene rechazando solicitudes de intervención en aquéllos supuestos en los que se constata la existencia previos incumplimientos formales durante la negociación en el período de

---

<sup>1227</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. I.: “Inaplicación de convenios colectivos: causas, procedimientos y efectos sobre las relaciones individuales de trabajo”, en *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, RAMOS QUINTANA, M<sup>a</sup>. I. (Dir.), GRAU PINEDA M<sup>a</sup>. (Coord.), Editorial Bonarzo, Albacete, 1<sup>a</sup> Edición, Diciembre 2013, p. 103.

<sup>1228</sup> Art.16.2 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: “Únicamente podrá solicitarse la actuación de la Comisión a los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior cuando concurran conjuntamente las siguientes circunstancias: a) Que no se hubiera solicitado la intervención de la comisión paritaria del convenio o, en caso de haberse solicitado, ésta no hubiera alcanzado un acuerdo. En todo caso, resultará preceptivo solicitar la intervención de la comisión paritaria cuando estuviese establecido en convenio colectivo. b) Que no fueran aplicables los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal previstos en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere el artículo 82.3 del mismo texto legal, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, o cuando, habiéndose recurrido a dichos procedimientos, estos no hubieran resuelto la discrepancia.”

<sup>1229</sup> Art. 20 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>1230</sup> Art. 19. 2 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>1231</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 28/2014, de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso 356/2013, Ponente López Parada, F.J. 11º.

consultas. El motivo, la inexistencia de verdadera negociación previa, incluso pese a reconocerse la eventual concurrencia de las causas <sup>1232</sup>.

En estos términos, no hay duda de que legislador articula un modelo en el que prima la solución efectiva de la discrepancia en el ámbito de la solución autónoma de conflictos, más si tenemos en cuenta que la norma expresamente mandata a las partes negociadoras del convenio para que, en el contenido mínimo del mismo, incluyan procedimientos para la solución “efectiva” de la discrepancia ex art. 85.3 c) ET.

Como tercera característica fundamental del modelo, la intervención del órgano decisorio o del árbitro en la cuarta y última fase no sólo va a resultar subsidiaria de las tres fases anteriores sino también desactivable por la propia voluntad de las partes negociadoras en el acuerdo interprofesional o en el propio convenio colectivo, es decir, neutralizable por la propia autonomía colectiva <sup>1233</sup> que va a poder “marginar” la competencia del órgano tripartito <sup>1234</sup>.

De hecho, éste ha sido el efecto conseguido en aquéllos supuestos en los que las partes negociadoras del convenio colectivo han dado cumplimiento al mandato legal del art. 85.3 c) ET, autoimponiéndose como solución efectiva al desacuerdo el arbitraje obligatorio “en frío” ante el órgano de solución autónoma de conflictos una vez agotados los intentos de negociación previos <sup>1235</sup>. No obstante, es cierto que la imposición de un arbitraje obligatorio previamente pactado por las partes negociadoras en el convenio colectivo se convierte en una excepción en la práctica negocial <sup>1236</sup>.

En consecuencia, examinadas estas primeras características, no se desprende del modelo legal la existencia de una decisión heterónoma o de un arbitraje impuestos como elementos de

---

<sup>1232</sup> Decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, de fecha 12 de septiembre de 2013, en expediente de inaplicación 19/2013, en la que se por unanimidad se declara la inadmisión de la solicitud de inaplicación por el motivo de que la empresa no acreditó haber cumplido con las formalidades legales en el preceptivo período de consultas, pese a que en el informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social se constataba la concurrencia de las causas.

<sup>1233</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 114: “Por otro lado, es sumamente importante el carácter subsidiario de su intervención: sólo se actúa una vez agotados sin éxito otros sistemas autónomos de solucionar el conflicto. Es más, queda en manos de los interlocutores sociales, en el ámbito interconfederal, en el momento de negociar el convenio colectivo o, incluso, durante el desarrollo del período de consultas, eliminar la intervención de la Comisión si se establece un procedimiento alternativo que garantice la solución”.

<sup>1234</sup> SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva”, en *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, RAMOS QUINTANA, M<sup>a</sup>. I. (Dir.), GRAU PINEDA M<sup>a</sup>. (Coord.), Editorial Bonarzo, Albacete, 1<sup>a</sup> Edición, Diciembre 2013, p. 122.

<sup>1235</sup> Sirva de ejemplo a estos efectos el supuesto establecido en el art. 17 del V Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, BOE nº 64 de 15 de marzo de 2012, en el que se impone la intervención obligatoria de la comisión paritaria del convenio colectivo y, en el caso de no existir acuerdo sobre la inaplicación en su seno, el sometimiento del conflicto a arbitraje obligatorio ante el órgano de solución autónoma de conflictos ex art. 83 ET.

<sup>1236</sup> En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo”, Ponencia a la XXVII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, Madrid, 10 de diciembre de 2014, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, p. 41.

cierre, de manera directa y exclusiva y sin margen alguno a otra opción alternativa que pudiera proceder de las propias partes negociadoras.

Antes al contrario, el diseño legal prima la intervención previa de las partes en la solución de la discrepancia de manera tal que, en virtud de su propia autonomía colectiva, van a poder impedir la entrada en escena de la Comisión Consultiva o del árbitro.

En este sentido, una decisión del órgano tripartito o un laudo arbitral obligatorios, impuestos directamente por ley a los titulares del derecho a la negociación colectiva, negándoles o impidiéndoles que pudieran articular o acudir a otros procedimientos o sistemas de solución de la controversia, esto es, una decisión o un arbitraje obligatorios que cerraran cualquier otra expresión de la autonomía colectiva, haciendo impracticable de cualquier otra forma su ejercicio, pudieran en su caso entenderse como impeditivos de su libertad negocial, pues se estaría afectando el contenido esencial del derecho <sup>1237</sup>.

La conclusión es bien diferente en el supuesto que nos ocupa, en el que se deduce con claridad la intervención subsidiaria, de último grado y bloqueable del órgano decisorio respecto de la autonomía colectiva de las partes <sup>1238</sup>.

Como decimos, no hay intención de desplazar la negociación colectiva sino de adaptarla, pretendiendo el legislador conciliar negociación colectiva con interés general al tratarse de una garantía establecida en último término para alcanzar el desbloqueo de un conflicto que no se ha solucionado en las vías previas <sup>1239</sup>. No se vacía de contenido la capacidad negociadora de las partes, al tratarse de una intervención prevista exclusivamente como elemento de cierre respecto de los procedimientos de solución autónoma de la discrepancia, desmintiendo la lectura de la norma conclusiones en el sentido de que nos encontramos ante una imposición genérica e indiscriminada <sup>1240</sup>. De ahí que rechacemos frontalmente la conclusión en el sentido

---

<sup>1237</sup> En todo caso, en este debate conviene tener en cuenta que no toda limitación de la capacidad de actuación de un sindicato implicaría una vulneración de su libertad sindical, *“se produce tal lesión cuando la reducción incida realmente en el derecho a la actividad sindical y tenga lugar de modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación”*, GARCÍA MURCIA, J.: “De nuevo sobre la libertad sindical y su conexión con la negociación colectiva”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 4/2002 (Estudio), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2002, BIB 2002\149. Pág. 11, comentando Sentencia del Tribunal Constitucional número 225/2001, de 26 de noviembre.

<sup>1238</sup> GARRIDO PEREZ, E.: “Negociación colectiva y sistemas de solución de conflictos”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 319 y 320: *“Sin embargo, el juicio habría de variar cuando una actuación de tal naturaleza no tiene ese alcance de impedimento total y absoluto de vías por las que puede ejercitarse libremente la autonomía colectiva, y de forma especial cuando son los propios sujetos titulares de la misma los que ponen límites y condiciones a tal autonomía.”*

<sup>1239</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 394, *“Se presenta como una garantía para alcanzar el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas por el convenio”*

<sup>1240</sup> CALVO GALLEG0, F.J.: “Algunas notas sobre el papel de los sistemas extrajudiciales en los procesos de inaplicación de convenios estatutarios”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX*

de que la decisión de inaplicar el convenio colectivo queda desvinculada de todo proceso de negociación colectiva y, por tanto, incompatible con la función promocional que la Constitución encomienda al legislador a la hora de desarrollar el derecho a la negociación colectiva<sup>1241</sup>.

### 3.2.2.- El ámbito de actuación: competencia compartida entre órgano estatal y autonómicos

Continuando con el análisis de las características fundamentales del modelo legalmente propuesto, el legislador establece en la solución de la discrepancia una competencia compartida entre el órgano estatal y los correspondientes órganos autonómicos, interviniendo uno u otro órgano en función del ámbito geográfico de afectación de la inaplicación<sup>1242</sup>.

Si la inaplicación afecta a centros de trabajo de una empresa situados en más de una comunidad autónoma, o en Ceuta y Melilla, la competencia será del órgano estatal. Si afecta a centros de trabajo en una única comunidad autónoma, del órgano autonómico<sup>1243</sup>.

No depende por tanto la competencia del órgano estatal o autonómico del ámbito de aplicación del convenio colectivo sino del ámbito de afectación del descuelgue<sup>1244</sup>.

---

*Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 372.

<sup>1241</sup> CORREA CARRASCO, M.: “Los límites de la intervención legal en la configuración del modelo de negociación colectiva (Consideraciones en torno a la STC de 16 de julio de 2014)”, *Revista Relaciones Laborales*, nº 11, Sección Doctrina, año 30, tomo 1, noviembre 2014, Editorial La Ley, p. 11 de 36. Por ello, con el debido respeto a la postura del autor, no parece del todo exacto decir que “... ni siquiera es preciso que la decisión se adopte mediante un acuerdo de empresa, ya que puede sustituirse por un arbitraje público obligatorio instado por la parte empresarial”, pues sólo en último término la norma plantea la posibilidad del procedimiento heterónomo en unas específicas condiciones siempre subsidiarias al preceptivo previo procedimiento autónomo. En estos términos, existe en la regulación legal espacio para la autonomía negocial, a pesar del criterio contrario del autor, p. 6 de 36.

<sup>1242</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 170: “El precepto legal transcrito define con la necesaria claridad el ámbito competencial de la CCNCC y de los órganos de las comunidades autónomas, y que no es otro que el ámbito territorial al que se habría de extender la inaplicación del convenio instada por el empresario. Si dicho ámbito es estatal, el organismo competente es la CCNCC, correspondiendo al organismo autonómico si dicho ámbito es de esa misma dimensión”

<sup>1243</sup> Art. 17 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: “La Comisión conocerá de las solicitudes de intervención para la solución de discrepancias en los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo de un convenio colectivo cuando afecten a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, así como cuando afecten a las empresas situadas en las ciudades de Ceuta y Melilla”

<sup>1244</sup> Solución ésta que probablemente hubiera sido la preferible desde la perspectiva de que aseguraría una homogeneidad en el tratamiento de la solución del conflicto en supuestos particulares de descuelgues de convenios colectivos de ámbito estatal instados de manera no coincidente en el tiempo por empresas multiformes con pluralidad de centros de trabajo repartidos por varias comunidades. En este sentido, podrían originarse problemas de falta de homogeneidad en el tratamiento de la solución de las discrepancias pues, ante los mismos o muy similares presupuestos causales, los diferentes



Tratándose de una función de nueva creación, y anticipándose a los posibles problemas de la falta de constitución de los órganos autonómicos <sup>1245</sup>, en el desarrollo reglamentario de la

---

órganos decisorios de las CCAA podrían acordar diversas soluciones por el simple hecho de haberse instado cada descuelgue de manera autónoma e independiente en el tiempo a nivel de centro de trabajo en función de las particularidades de cada uno de ellos en cuanto unidad productiva autónoma, lo que no parece razonable. Por ello, creemos preferible una competencia vinculada al ámbito del convenio objeto de descuelgue.

<sup>1245</sup> Andalucía, función asumida por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL) (Disposición Adicional única del Decreto 69/2013, de 2 de julio, de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, publicado en el BOJA 129 de 4 de julio. Aragón, función actualmente asumida por la CCNCC. Asturias, función está asumida por la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos del Principado de Asturias mediante Decreto 114/2013, de 4 de diciembre, por el que se crea y regula la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos del Principado de Asturias para asumir dicha función en el citado ámbito. Baleares, función ha sido asumida por la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos de las Illes Balears (CCCCIB) mediante Decreto 51/2013, de 29 de noviembre, por el que se crea y regula la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos del Consejo de las Illes Balears, publicado en el BOIB de 30-11-2013. Canarias, función actualmente asumida por la CCNCC. Canarias, función asumió por la Comisión para la inaplicación de condiciones pactadas en convenios en la Comunidad Autónoma de Canarias creada mediante Decreto 117/2012, de 12 de diciembre. Cantabria, función asumida por el Consejo de Relaciones Laborales de Cantabria mediante Decreto 19/2014, de 20 de marzo, por el que se modifica el Decreto 56/2010, de 2 de septiembre, de creación del Consejo de Relaciones Laborales de Cantabria, publicado en el BOC de 31/03/2014. Castilla La-Mancha, función asumida por el Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos creada por la Ley 8/2008, de 4 de diciembre, publicada en el DOCM 259 de 17-12-2008. Castilla y León, función asumida por la Comisión de Convenios Colectivos del Consejo Regional de Trabajo de Castilla y León mediante Decreto 14/2014, de 3 de abril, por el que se regula el Consejo Regional de Trabajo de Castilla y León, y los Consejos provinciales de trabajo, y se crea la Comisión de Convenios Colectivos de Castilla y León. Publicado en el BOCYL de 7-4-2014. Cataluña, función asumida por la Comisión de Convenios Colectivos del Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña mediante Decreto 245/2013, de 5 de noviembre, de organización y funcionamiento de la Comisión de Convenios Colectivos del Consejo de Relaciones Laborales, publicado en el DOGC de 7-11-2013. Extremadura, función actualmente asumida por la CCNCC sobre la base del Convenio de Colaboración entre el MEYSS y la Comunidad Autónoma de Extremadura, para la actuación de la CCNCC en dicho ámbito territorial. (Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Secretaría General Técnica, publicada en el BOE 24/02/2014). Galicia, función actualmente asumida por la CCNCC sobre la base del Convenio de Colaboración entre el MEYSS y la Comunidad Autónoma de Galicia para la actuación de la CCNCC en este ámbito territorial (Resolución de 15/1/2014 de la Secretaría Gral. Técnica, publicada en el BOE 07/02/2014). Madrid, función asumida por la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos de la Comunidad de Madrid, Decreto 62/2014, de 29 de mayo, publicado en el BOCM de 30/5/2014, por el que se crea la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos de la Comunidad de Madrid. Murcia, función asumida por el Consejo Autonómico de Relaciones Laborales de la Región de Murcia, (Decreto nº 33/2013, de 12 de abril, publicado en el BO de la Región de Murcia de 16/04/2013, por el que se crea el Consejo Autonómico de Relaciones Laborales de la Región de Murcia, CARLA. Navarra, función asumida por la CCNCC sobre la base del Convenio de Colaboración entre el MEYSS y la Comunidad Foral de Navarra sobre la base del Convenio de Colaboración entre el MEYSS y la Comunidad Foral de Navarra para la actuación de la CCNCC en este ámbito territorial. (Resolución de 15 de julio de 2013, de la Secretaría General Técnica, publicada en el BOE 12/08/2013). País Vasco, función asumida por el Órgano para la Resolución de los Procedimientos para la Inaplicación de Convenios Colectivos Estatutarios (ORPRICCE) del País Vasco, Decreto 471/2013, de 30 de diciembre, se crea y regula el Órgano para la Resolución de los Procedimientos para la Inaplicación de Convenios Colectivos Estatutarios (ORPRICCE) del País Vasco para actuar en este procedimiento. La Rioja, función asumida por el Consejo Riojano de Relaciones Laborales, Decreto nº 16/2013, de 24 de mayo, de la Consejería de Industria, Innovación y Empleo, publicado en el BOLR de 29/05/2013, por el que se modifica el Decreto 19/2003, sobre creación y regulación del Consejo Riojano de Relaciones Laborales; y Orden 5/2013 de 17 de junio, publicada en el BOLR de 29/07/2013, por la que se modifica la Orden de 19 de diciembre de 2003, por la que se aprueba el nuevo reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Riojano

norma se establece la posibilidad de suscripción de convenios de colaboración entre la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y las comunidades autónomas al objeto de cubrir los posibles vacíos competenciales desde la perspectiva territorial en tanto se constituyeran los nuevos órganos de carácter autonómico<sup>1246</sup>.

Más allá, a la vista de determinados problemas en materia de competencia territorial tras resoluciones dictadas por la Comisión en el curso del año 2012<sup>1247</sup>, en marzo de 2013 el legislador prevé de manera transitoria la intervención subsidiaria de la Comisión Consultiva de ámbito estatal en aquéllos supuestos de falta de constitución de los órganos de comunidad autónoma<sup>1248</sup>, aún sin el necesario convenio de colaboración<sup>1249</sup>.

Esta última previsión ha sido objeto de críticas desde algunos sectores doctrinales, bien por entender que implica una ampliación de su ámbito de actuación, -suponiendo una modificación del art. 82.3 ET en una técnica normativa poco ortodoxa al establecer un

---

de Relaciones Laborales. Comunidad Valenciana, función asumida por el Consejo Tripartito para el Desarrollo de las Relaciones Laborales y la Negociación Colectiva de la Comunidad Valenciana, Decreto nº 88/2013, de 5 de julio, publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 08/07/2013, por el que se regula el Consejo Tripartito para el Desarrollo de las Relaciones Laborales y la Negociación Colectiva de la Comunidad Valenciana.

<sup>1246</sup> Disposición adicional segunda del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, , por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos -Colaboración de la Comisión con las comunidades autónomas-: *“Mediante convenios de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las comunidades autónomas, se podrá establecer la actuación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, adscrita a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en el ámbito territorial de aquellas comunidades autónomas en las que aún no se hubieran constituido los órganos tripartitos equivalentes a la Comisión y mientras estos órganos tripartitos no se constituyan. En estos casos, las empresas y los representantes legales de los trabajadores podrán solicitar a la Comisión la intervención para la solución de discrepancias por falta de acuerdo sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo presentes en el convenio colectivo de aplicación, en las circunstancias y con las condiciones establecidas en este Real Decreto.”*

<sup>1247</sup> Por ejemplo, fueron desestimadas por falta de competencia las solicitudes de inaplicación ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos expedientes 1, 3,4, 5, 6, 10 y 11/2012.

<sup>1248</sup> Disposición adicional sexta -Actuación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el ámbito de las Comunidades Autónomas. del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, BOE nº 65 de 16 de marzo de 2013: *“Si en un plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor del presente real decreto- ley las Comunidades Autónomas no hubieran constituido y puesto en funcionamiento un órgano tripartito equivalente a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o suscrito un convenio de colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social acordando la actuación de la Comisión en el ámbito territorial de las comunidades firmantes, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos podrá, **subsidiariamente** y en tanto en cuanto no se constituyan dichos órganos tripartitos equivalentes, en su caso, conocer de las solicitudes presentadas por las empresas y los representantes legales de los trabajadores para dar solución a las discrepancias surgidas por falta de acuerdo sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo, presentes en el convenio colectivo de aplicación, cuando dicha inaplicación afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de una Comunidad Autónoma.”* (Negrita del que suscribe)

<sup>1249</sup> A fecha del presente trabajo, existe órgano propio en esta materia en la CCAA de Andalucía, Murcia, Comunidad Valenciana, Castilla La-Mancha, Cataluña, La Rioja, Castilla y León, País Vasco, Cantabria Y Principado de Asturias. Otras tres CCAA has suscrito el oportuno convenio de colaboración con la CCNCC, Extremadura, Galicia y Navarra, y tres no tienen ningún tipo de regulación, Aragón, Canarias y Comunidad de Madrid, por lo que en estas seis últimas, será subsidiaria la intervención de la CCNCC.

mandato imperativo sometido a condición planteando un problema competencial que anuncia conflictos positivos de competencia <sup>1250</sup>-, bien por interpretar que se estaría accediendo a una competencia por la vía de la supletoriedad, contraviniendo con ello doctrina constitucional al respecto <sup>1251</sup>.

A nuestro juicio, nos encontramos ante una intervención subsidiaria del órgano estatal en tanto que no se constituyan los órganos tripartitos en el ámbito autonómico, permaneciendo en todo momento la competencia intacta en manos de las correspondientes comunidades autónomas, que podrán hacer uso de la misma sin ningún obstáculo legal, por lo que no compartimos los argumentos en el sentido de que se estaría accediendo a una competencia por la vía de la supletoriedad.

Sentado lo anterior, encontrándonos ante una competencia compartida, se plantea cierta problemática en relación a los límites de actuación de las comunidades autónomas en el desarrollo de su competencia en la constitución de los órganos tripartitos decisorios a nivel autonómico.

El legislador ha optado en el modelo legal por establecer el régimen jurídico de la intervención del órgano tripartito en la Ley pero también, de manera cuantitativa y cualitativamente importante, en su Reglamento de desarrollo. Y en este sentido se nos plantea la duda de si la regulación contenida en el desarrollo reglamentario del órgano estatal va a resultar vinculante o no para los órganos autonómicos a la hora de establecer el régimen jurídico de la intervención de sus propios órganos.

A nuestro juicio, nos encontramos ante el desarrollo a nivel autonómico de una materia que compete al derecho a la negociación colectiva ex art. 37 CE y que se inserta, por tanto, dentro del concepto “legislación laboral”, por lo que la competencia lo será del Estado ex art. 149.1 7º CE <sup>1252</sup>. De este modo, los aspectos fundamentales de la intervención del órgano tripartito se

---

<sup>1250</sup> OLARTE ENCABO, S.: “Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9/2014, parte La reforma laboral, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014, p. 23.

<sup>1251</sup> SEMPERE NAVARRO, A. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*. Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, enero 2014, p. 132, entienden que se estaría accediendo a una competencia por vía de supletoriedad, lo que no estaría amparado según criterio mantenido en Sentencia del Tribunal Constitucional 228/2012, por lo que, desde esta perspectiva, “*aunque una Comunidad Autónoma, titular de la facultad de ejecutar la legislación laboral, no haya puesto en pie los mecanismos u órganos necesarios para tal fin, tampoco el Estado puede arrogarse esta facultad*”.

<sup>1252</sup> Con respecto al poder normativo de las Comunidades Autónomas, la doctrina científica siguiendo criterio del Tribunal Constitucional, SSTC 33/1981, de 5 de noviembre, 35/1982, de 14 de junio, 48/1982, de 12 de julio, 7/1985, de 25 de enero y 95/2002, de 25 de abril, ha concluido el sentido de que el término “legislación” del art. 149.1 7º CE debe ser interpretado en el sentido amplio, abarcando tanto las leyes como los reglamentos ejecutivos que aparecen como desarrollo de la ley y, en cuanto al término “laboral”, como comprensivo tanto de las vertientes individual como colectiva del Derecho del Trabajo, quedando limitada la competencia autonómica a la ejecución de la normativa laboral, esto es, reglamentos internos de organización de los servicios -las CCAA pueden regular la constitución, organización y funcionamiento de su administración laboral-, gestión de las funciones y competencias que hayan sido transferidas así como de los fondos financieros destinados a satisfacer estas funciones,

incardinan dentro del ámbito competencial estatal, alcanzando la competencia de las comunidades autónomas a las meras facultades de desarrollo y ejecución, conclusión ésta que se confirma a tenor de lo dispuesto en la disposición final primera del propio Real Decreto por el que se regula la intervención ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos<sup>1253</sup>. En este sentido, es reiterada la doctrina constitucional que determina que compete al Estado legislar en materia laboral, incluyendo esta competencia el desarrollo reglamentario que cubra el procedimiento para el ejercicio de la misma<sup>1254</sup>.

Encontrándonos ante una competencia de mera ejecución, el órgano autonómico habría de sujetarse por tanto en su desarrollo a los requisitos, condiciones y formas fijados por el Estado<sup>1255</sup>.

Por lo tanto, el órgano autonómico deberá respetar en el desarrollo reglamentario los aspectos básicos de la institución que se desprenden de la regulación legal y reglamentaria de ámbito estatal<sup>1256</sup>. Entre otros, el del carácter tripartito y colegiado del órgano decisor, el ámbito territorial de actuación, la legitimación para instar el procedimiento, la posibilidad de solución del conflicto en su propio seno o mediante árbitro designado al efecto, las debidas garantías de este último para asegurar su imparcialidad, el régimen de adopción de los acuerdos con mayorías reforzadas, el improrrogable plazo para resolver no superior a veinticinco días a contar desde la fecha de sometimiento del conflicto, el alcance bifásico de la

---

AA.VV.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 19ª Edición, Director RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 73.

<sup>1253</sup> Disposición final primera -Título constitucional- del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre: *“Este real decreto se dicta de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.7ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las comunidades autónomas”*

<sup>1254</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1982, de 4 de mayo.

<sup>1255</sup> Éste es el criterio sentado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha 17/1986, de 4 de febrero, Ponente , en conflicto de competencia 224/1984 promovido por el Gobierno Vasco contra el Real Decreto 2976/1983, de 9 de noviembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos por el que se regulaban las funciones de consulta preceptiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en materia de extensión de convenios colectivos ex art. 92 ET: *“es indudable que habría de sujetarse a los requisitos, condiciones y formas fijados por el Estado, pues la ejecución lo es de la legislación estatal y, por ello, en los términos y contenido fijados por dicha legislación.”*

<sup>1256</sup> Por resultar muy ilustrativo al respecto, reproducimos preámbulo al Decreto 471/2013, de 30 de diciembre, de creación y regulación del Órgano para la Resolución de los Procedimientos para la Inaplicación de Convenios Colectivos Estatutarios –ORPRICCE-, Boletín Oficial del País Vasco nº 11 de 17 de enero de 2014 en el que se asume que sólo corresponde al órgano autonómico la ejecución de la legislación laboral debiendo respetar en la misma los elementos esenciales de aquélla: *“En cuanto a la naturaleza y composición de este órgano, tanto la Ley 3/2012 en su Disposición Adicional Quinta como el artículo 2 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, inciden al regular la naturaleza de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en calificarla como órgano de carácter colegiado de composición tripartito, por lo que, al trasladar las funciones decisorias atribuidas a este órgano al ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, dado que a ésta sólo le compete la ejecución de la legislación laboral, ha de respetarse este contenido. Sin embargo, hay otros aspectos de la regulación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos – procedimentales y de representatividad – en los que, en virtud del artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, esta norma pueda apartarse de determinados aspectos de la misma, respetando los elementos esenciales de la legislación laboral.”*

intervención, la eficacia de la decisión o del laudo y su carácter ejecutivo, o su control judicial. Quedando, por el contrario, dentro del ámbito competencial de cada comunidad autónoma los aspectos instrumentales para el eficaz funcionamiento de cada órgano, o las medidas de apoyo del órgano al que estuviera adscrito cada uno de ellos<sup>1257</sup>.

En lo que se refiere a la posibilidad prevista en la norma de solución de la controversia mediante laudo dictado por árbitro designado al efecto, el órgano autonómico va a encontrarse a nuestro juicio igualmente vinculado por la regulación de la intervención arbitral que con carácter general se efectúa en el art. 82.3 párr. 8º ET y que se desarrolla en el Reglamento estatal<sup>1258</sup>. En este sentido nos remitimos a doctrina constitucional a tenor de la cual se concluye que el establecimiento de un sistema de arbitraje es materia atribuida a la competencia del Estado al tratarse de un “*equivalente jurisdiccional*”<sup>1259</sup>.

Por lo tanto, el órgano autonómico va a encontrarse condicionado por el régimen jurídico establecido en la norma estatal a la hora de desarrollar la actuación arbitral, en lo que se refiere a materias como las de la propia designación de los árbitros, -preferentemente por acuerdo de las partes en conflicto subsidiariamente por acuerdo del órgano tripartito-, los plazos para dictar el laudo, la exigencia de doble pronunciamiento sobre la concurrencia de las causas y sobre el alcance de la inaplicación, la necesidad de previa valoración de la adecuación de la medida en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados, el carácter vinculante e inmediatamente ejecutivo del laudo o las posibilidades de control judicial del laudo.

### **3.2.3.- Decisión en el seno del órgano tripartito vs decisión mediante laudo arbitral**

Una vez sometida la discrepancia ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o ante el órgano autonómico correspondiente, la norma previene que la solución de

---

<sup>1257</sup> En este sentido, con alguna diferencia, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 102 y 103: “*únicamente los criterios sobre composición de la comisión, funcionamiento en pleno o en permanente, quórum necesario para la constitución de la toma de decisiones (arts. 4 a 11 RD 1362/2012) y, en fin, los establecidos para la designación del árbitro externo (arts. 23.1 II RD 1362/2012) caen dentro del ámbito competencial de las CCAA. Adicionalmente la capacidad de autoorganización sobre los indicados aspectos deberá respetar dos criterios que se desprenden de la Ley, el carácter tripartito del organismo que intervenga -al que se alude en la Exposición de Motivos como rasgo predicable de todos los organismos-, sean la Comisión o los establecidos en las CCAA, y es establecimiento de un régimen jurídico que le permita tomar acuerdos en el plazo legalmente previsto -puesto que en caso contrario se desconocería la finalidad perseguida por el legislador-*”

<sup>1258</sup> Régimen jurídico de la intervención del árbitro que se regula en los arts. 23 y 24 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>1259</sup> F.J. 5º *in fine* de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 62/1991, de 22 de marzo de 1991, Ponente Magistrado don Vicente Gimeno Sendra: “*el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1984, fundamento jurídico 9.º b), es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del art. 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia*”

la controversia podrá ser adoptada mediante decisión en el propio seno del órgano tripartito o mediante laudo dictado por un árbitro designado al efecto con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad <sup>1260</sup>.

Siendo así, proponiéndose en ambos escenarios una solución dirimente adoptada por un tercero ajeno al conflicto en un procedimiento sin duda heterónomo, en principio parece que en ambos escenarios nos encontramos ante un arbitraje en el sentido amplio del término <sup>1261</sup>, sin que la circunstancia de que resulte obligatorio impida calificarlo como verdadero arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro <sup>1262</sup>.

Dicho esto, va a ser la propia voluntad de las partes en conflicto o, subsidiariamente, la del órgano tripartito por mayoría acordada en el seno de la comisión, la que determine que el procedimiento se tramite como un arbitraje “interno” o “externo” <sup>1263</sup>.

Así, en primer término, existiendo conformidad entre las partes en conflicto, se seguirá el procedimiento por ellas elegido, decidiendo la Comisión en caso contrario <sup>1264</sup>. De este modo, el legislador otorga preferencia para determinar uno u otro procedimiento a la voluntad concurrente de las partes <sup>1265</sup>. Sólo en el supuesto de falta de acuerdo, el órgano tripartito

---

<sup>1260</sup> Art. 82.3 párr. 8º ET: “... La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, ...”

<sup>1261</sup> Según el diccionario de la RAE el arbitraje consisten en la “Acción o facultad “de arbitrar, definiéndose el verbo arbitrar como “Dicho de un tercero: Resolver, de manera pacífica, un conflicto entre partes”. En estos términos, tanto en el supuesto de la decisión en el seno del órgano tripartito como en el del laudo de árbitro designado, nos encontramos ante un arbitraje en la acepción literal del término.

<sup>1262</sup> Aludiendo en este sentido al criterio del Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1981, “**No por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro y es medio idóneo de solución posible en tan excepcionales casos como los que el precepto describe**”, CRUZ VILLALÓN, J.: “Los procedimientos arbitrales en la negociación colectiva”, p. 934, en Manual jurídico de negociación colectiva, Dir. VALDÉS DAL-RÉ, f., Coord. LAHERA FORTEZA, J., *Manuales Profesionales La Ley*, 1ª Ed., febrero 2008 (Negrita del que suscribe)

<sup>1263</sup> Así lo entiende la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en su Sentencia número 219/2013, de fecha 9 de diciembre de 2013, en recurso 339/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana García, F.J. 3º : “Para resolver la cuestión planteada debemos tener en cuenta que en el art 82.3 la decisión sobre las discrepancias, puede ser adoptada por la CCNCC “en su propio seno o por un árbitro designado al efecto”. La norma es desarrollada por el Real Decreto 1362/2012 , que, al regular las funciones decisorias de la CCNCC, distingue claramente entre las decisiones de la Comisión y el supuesto de designación de árbitros. **Hablándose de un “arbitraje interno”, adoptado por la Comisión, y de un “arbitraje externo”, para el que se designa un árbitro.**” (Negrita del que suscribe)

<sup>1264</sup> Exposición de motivos y art. 16.3 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre: “La decisión de la Comisión que resuelva la discrepancia podrá ser adoptada en su propio seno o mediante la designación de un árbitro entre expertos imparciales e independientes. Cuando haya conformidad entre las partes de la discrepancia sobre el procedimiento aplicable para la solución de la misma, se seguirá este. En otro caso, corresponderá a la propia Comisión la elección de dicho procedimiento.”

<sup>1265</sup> El art. 19.4 del Reglamento, cuando se refiere a la facultad de los miembros de la Comisión Permanente para pronunciarse sobre la elección del procedimiento a seguir, expresamente determina que lo será “sin perjuicio de la conformidad de las partes en la elección de dicho procedimiento”. En el mismo sentido, art. 23 del Reglamento en el que se refiere que “Cuando exista conformidad entre las partes afectadas por la discrepancia para la designación de un árbitro, será preferente el designado de común acuerdo.”

podrá decidir, a su vez por acuerdo mayoritario, si resuelve la controversia en su propio seno o designando árbitro. Y en éste último supuesto, de no conseguirse su designación con el *quórum* requerido <sup>1266</sup>, la decisión será adoptada finalmente en el seno de la Comisión <sup>1267</sup>.

Siendo así, al menos en lo que se refiere al arbitraje “externo”, no existe en el modelo propuesto un arbitraje obligatorio impuesto desde la Ley, al quedar siempre y en todo caso la actuación del árbitro sometida al acuerdo previo de las partes en conflicto o, en su defecto, de los tres grupos de representación en el órgano decisorio.

Desde esta última perspectiva, determinada doctrina plantea incluso la posible existencia de un compromiso arbitral previo en los supuestos de designación del árbitro por acuerdo de las partes en conflicto <sup>1268</sup>. No obstante, aún siendo cierto éste argumento desde esta perspectiva de la voluntariedad en el sometimiento del conflicto al árbitro, la “obligatoriedad” del arbitraje para la parte no solicitante de la actuación del órgano tripartito no quedaría a nuestro juicio desvirtuada, pues previamente se le habría impuesto la obligatoriedad de acudir a la cuarta fase.

### **3.2.4.- Carácter bifásico de la decisión del órgano tripartito o del laudo arbitral: doble pronunciamiento sobre la concurrencia de las causas y sobre el alcance de la inaplicación**

No es discutible que la institución de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo se presenta en la norma con una acentuada naturaleza temporal y causal, exigiendo el legislador para su activación la constatación de determinados presupuestos legales habilitantes.

Es precisamente esta excepcionalidad de la medida la que justifica la intervención del legislador, modulando la fuerza vinculante del convenio colectivo a través de la institución del descuelgue y justificándose en la defensa de la productividad y en el mantenimiento del empleo <sup>1269</sup>.

---

<sup>1266</sup> Cada grupo de representación propondrá una relación de dos árbitros. De la lista resultante de seis árbitros, cada uno de dichos grupos descartará por sucesivas votaciones, cuyo orden se decidirá por sorteo, el nombre del árbitro que tenga por conveniente hasta que quede solo uno.

<sup>1267</sup> Art. 23.1 y 2 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre: “...En otro caso, y previa convocatoria de la Comisión al efecto en el plazo máximo de cuatro días desde la fecha de la presentación de la solicitud a que se refiere el artículo 19, cada uno de los grupos de representación propondrá una relación de dos árbitros. De la lista resultante de seis árbitros, cada uno de dichos grupos descartará por sucesivas votaciones, cuyo orden se decidirá por sorteo, el nombre del árbitro que tenga por conveniente hasta que quede uno solo. 2. En el supuesto en que no se consiguiera la designación de un árbitro, la decisión para la solución de la discrepancia planteada será adoptada en el seno de la Comisión siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 21.”

<sup>1268</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 107.

<sup>1269</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 113. “...únicamente permite una inaplicación causal y temporalmente limitada del convenio colectivo: de este modo, aunque implique sacrificio de la eficacia del convenio, puede entenderse justificada de forma suficiente en la libertad de empresa”.

Y en este sentido, la constatación efectiva de la concurrencia de las causas se convierte en presupuesto preceptivo previo para la solución del conflicto por el órgano decisorio o por el árbitro <sup>1270</sup>.

De este modo, en el desarrollo reglamentario se exige un doble pronunciamiento. En primer lugar, sobre la concurrencia de las causas que dan lugar a la solicitud de inaplicación, con la consecuencia de la desestimación de la solicitud en el caso de que se declarara su no concurrencia <sup>1271</sup>. En segundo término, y sólo para el supuesto de que se apreciara la concurrencia de aquéllas, sobre la pretensión de la inaplicación en sí misma considerada, si bien este último pronunciamiento con un alcance muy restringido, como veremos más adelante <sup>1272</sup>.

Y en este sentido, este doble alcance de la intervención del órgano decisor o del árbitro va a tener sus consecuencias en lo que se refiere a la posible afectación de derechos constitucionales. Así, mientras que el primer pronunciamiento sobre la constatación de las causas se relaciona sin dificultad con el componente jurídico del conflicto <sup>1273</sup>, la decisión o el

---

<sup>1270</sup> En este sentido, expresamente se previene en la norma que la Comisión solo resolverá la discrepancia en el supuesto de que concurran las circunstancias del art. 82.3 ET, art. 16.1 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *“La Comisión, en el ejercicio de sus funciones decisorias, resolverá la discrepancia surgida entre la empresa y los representantes de los trabajadores por falta de acuerdo en los procedimientos de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable a que se refiere el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que concurran las condiciones señaladas en dicho artículo.”*

<sup>1271</sup> Arts. 22.2: *“La decisión deberá pronunciarse, en primer lugar, sobre la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que da lugar a la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo. En caso de no concurrir dichas causas, la decisión así lo declarará, con la consecuencia de que no procederá la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo.”* y 24.2: *“El laudo, que deberá ser motivado, deberá pronunciarse, en primer lugar, sobre la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que da lugar a la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo”*, del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>1272</sup> Art. 22.3: *“Cuando se aprecie la concurrencia de las causas, la Comisión deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. La decisión podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, la Comisión se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo.”*, y art. 24.4: *“Cuando aprecie la concurrencia de las causas, el árbitro deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. El laudo podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, el árbitro se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo.”*, del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>1273</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 108, el pronunciamiento sobre la concurrencia de las causas aducidas *“se relaciona con el componente jurídico del conflicto existente en la inaplicación convencional: no se diferencia conceptualmente de la decisión*



laudo sobre la inaplicación en sí misma considerada presenta una naturaleza diversa <sup>1274</sup>, en cuanto que se trata de establecer un régimen jurídico alternativo al existente en el convenio colectivo <sup>1275</sup>.

De este modo, en la fase final del conflicto, éste se ha transformado en una “*discrepancia mixta*” entre el conflicto jurídico y el de interés <sup>1276</sup>, de derecho a la hora de pronunciarse necesariamente sobre la existencia de causa, regulatorio a la hora de establecer las nuevas condiciones de trabajo <sup>1277</sup>.

Y en este esquema legal, la posible afectación de derechos constitucionales va a ser diferente en función de uno u otro pronunciamiento. Mientras que en el ámbito del conflicto estrictamente jurídico resulta pacífico que nos movemos en el terreno del derecho a la tutela judicial efectiva, en el de los conflictos de regulación nos movemos en el plano de posible afectación, en su caso, de los derechos a la negociación colectiva o a la libertad sindical, afectación que, por lógica, en modo alguno se produciría en aquéllas resoluciones en la que se desestimara directamente en el primer pronunciamiento por el órgano decisor la concurrencia de las causas.

En estos términos, el carácter bifásico de la intervención del órgano tripartito o del árbitro se presenta como una característica fundamental del procedimiento decisorio en esta última fase de la solución heterónoma de la controversia ex art. 82.3 párr. 8º ET.

---

*del juez que enjuicia una modificación sustancial o un despido económico*”. En estos términos, LANTARÓN BARQUIN, D.: “Novedades normativas y proyección de la reforma laboral de 2010 en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24 (2011), “*pues no obstante la parquedad reguladora su solución demanda interpretar una norma estatal que exige la concurrencia de una causa económica en sentido amplio.*”

<sup>1274</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 46

<sup>1275</sup> Entre otras, Sentencia de la Audiencia Nacional número 128/2013, en recurso 211/2013, de fecha 19 de junio 2013, Ponente Ricardo Bodas, F.J. 3º: “*Parece claro, por tanto, que el primer pronunciamiento - concurrencia de causas - es propio de un arbitraje jurídico, puesto que tendrá que constatarse si se dan los requisitos exigidos por el art. 82.3 ET, mientras que el segundo pronunciamiento - conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad - es más identificable con el laudo de equidad, en el que la Comisión y/o el árbitro deben tener un margen más elevado de autonomía, porque si no fuera así, las decisiones y laudos no serían propiamente decisorias, puesto que se condicionarían esencialmente a la intervención jurisdiccional posterior*”

<sup>1276</sup> “*Estando de hecho a caballo entre los conflictos jurídicos y los de intereses, (tanto puede haber una cuestión de interpretación de las causas justificativas para la modificación o inaplicación, como una nueva ordenación de las condiciones modificadas o inaplicadas)*”, GARRIDO PÉREZ, E.: “Negociación colectiva y sistemas de solución de conflictos”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 307.

<sup>1277</sup> GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 124 y 128.

A diferencia de las fases previas en el período de consultas o en los procedimientos autónomos de solución del conflicto ante la paritaria o ante órganos creados en acuerdos interprofesionales en las que el legislador expresamente ha querido revestir al acuerdo de una presunción a favor de la concurrencia de causas, aquí la norma expresamente impone no sólo su acreditación previa sino, más allá, la necesaria valoración de la adecuación de la medida propuesta en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados por la inaplicación.

Nos ocupamos a continuación de analizar el ámbito de cognición del órgano decisor o del árbitro.

### **3.2.5.- Ámbito de cognición limitado de la decisión de la Comisión o del laudo arbitral en el pronunciamiento sobre el alcance de la inaplicación**

Como acabamos de apuntar, una vez apreciada la concurrencia de las causas en el primer pronunciamiento, la norma impone al órgano decisor o al árbitro que se pronuncie sobre la pretensión de inaplicación en sí, aceptándola en los propios términos de la solicitud, o proponiendo la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Pero siempre previa valoración de su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados <sup>1278</sup>.

De este modo, las facultades resolutorias del órgano tripartito o del árbitro se presentan en la norma con un limitado ámbito de cognición, al carecer el órgano decisorio o el árbitro de facultades decisorias plenas. En consecuencia, el órgano decisorio o el árbitro sólo podrán modular la inaplicación <sup>1279</sup>, no siendo posible proponer una inaplicación en materias diferentes a las de la solicitud o alterar la intensidad del descuelgue, encontrándose sujetos en su intervención a la aplicación del principio de adecuación de la medida debiendo expresamente valorar sus efectos sobre los trabajadores afectados <sup>1280</sup>.

---

<sup>1278</sup> Arts. 22.3 y 24.4 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>1279</sup> MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: "Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012", Aranzadi Social núm. 9/2013 (informes), , Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2013\14, p. 9 y 10: "La decisión deberá pronunciarse, en primer lugar, tal como señala el artículo 21, sobre la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que da lugar a la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo. En caso de no concurrir dichas causas, la decisión así lo declarará, con la consecuencia de que no procederá la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo. Pero se permite que la decisión module los efectos en el sentido de aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo «en distinto grado de intensidad», aceptando parte de la modificación." A pesar de la claridad de la norma en su desarrollo reglamentario, determinado sector aduce dudas de legalidad ordinaria por su "lacónica" regulación señalándose, entre otros aspectos, que no se determina si se pueden admitir parcialmente los descuelgues o si se puede decidir sobre los términos o contenido de los mismos, OLARTE ENCABO, S.: "Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9/2014, parte La reforma laboral, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014, p. 14.

<sup>1280</sup> SEMPERE NAVARRO, A. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*. Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, enero 2014, p. 134.

Órgano decisorio y árbitro van a encontrarse por tanto sometidos en su actuación a dos límites. Uno sustantivo, que obligaría a valorar la adecuación en relación con las causas alegadas y los efectos sobre los trabajadores afectados, lo que implica una ponderación de la causa y de las medidas planteadas. Otro formal, no sólo cuantitativo, sin que quepa dar más de lo pedido, sino también cualitativo, no pudiéndose autorizar la inaplicación de condiciones diferentes a las interesadas <sup>1281</sup>.

Desde esta perspectiva, la actuación del órgano decisorio no tendría como finalidad la de producir una regulación en el sentido estricto del término, como ocurre con el acuerdo de inaplicación que se pueda alcanzar en el período de consultas o en las fases negociadoras posteriores. Su objeto queda constreñido a resolver sobre la solicitud de inaplicación pero siempre respetando la necesaria congruencia con lo solicitado y, por ende, con la negociación previa, imponiendo la norma además un juicio de adecuación de la medida en relación con los efectos sobre los trabajadores afectados.

La decisión no tendría por tanto contenido normativo positivo, por mucho que la propia norma le conceda la eficacia de los acuerdos alcanzados en el período de consultas y que sea recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET, pues una cosa es que se le conceda esa eficacia y otra bien diferente que nos encontremos ante un producto de la negociación colectiva <sup>1282</sup>.

En todo caso, pese a que al referirse al alcance de la cognición del órgano decisor o del árbitro la norma en su literalidad sólo se refiere a las dos posibilidades, aceptación de la pretensión de inaplicación en los términos solicitados, o proposición en distinto grado de intensidad, ello no significa ni mucho menos que el procedimiento instado vaya a tener que finalizar siempre y en todo caso con la estimación de la solicitud de inaplicación del convenio <sup>1283</sup>.

---

<sup>1281</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 108.

<sup>1282</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 28/2014, de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso 356/2013, Ponente López Parada, F.J. 13º *“Los artículos 22.3 y 24.4 del Real Decreto 1362/2012 dejan claro que, en el caso de que la inaplicación sea decidida por el órgano administrativo, directamente o por vía arbitral, la resolución administrativa o arbitral ha de limitarse a comprobar que se produce el supuesto de hecho de la norma y su relación causal y proporcionada con la inaplicación solicitada, de manera que puede conceder la misma íntegramente o “proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad”, aparte de especificar, dentro de los límites legales, la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo. El que la solicitud pueda ser estimada solamente de manera parcial, estableciendo límites, términos o condiciones, no afecta a la conclusión de que **no tiene contenido normativo positivo (no contiene una regulación)**, como tampoco ocurría en el caso de los antiguos expedientes de regulación de empleo, en los que el acuerdo en periodo de consultas podía tener un contenido, en cuanto pacto colectivo, de mucha mayor riqueza que el propio de la resolución autorizatoria de la Autoridad Laboral a falta de acuerdo en el periodo de consultas, aún cuando ésta pudiera incorporar también límites y condiciones.”*

<sup>1283</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 396: *“Pero no se pase por alto que esta misma regla (al exigir la comunicación a la autoridad laboral sólo en el caso de que el procedimiento haya finalizado con la inaplicación del convenio) también deja abierta la posibilidad de que el resultado de los distintos procedimientos que se sigan no sea la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en convenio”*.

En este sentido, si efectuamos una interpretación sistemática del precepto legal, en el propio desarrollo reglamentario se prevé el archivo de la solicitud hasta en dos ocasiones. La primera para el supuesto de no haberse dado cumplimiento a los requisitos formales exigidos <sup>1284</sup>, entre ellos los de entrega de documentación. La segunda, para el caso de no apreciarse por el órgano decisorio o por el árbitro la existencia de las razones empresariales habilitantes <sup>1285</sup>.

Más allá incluso, aún acreditadas las causas y cumplidas las exigencias formales, el órgano decisor debe proceder a valorar la adecuación de la medida en relación con aquéllas y con los efectos sobre los trabajadores afectados <sup>1286</sup>, por lo que cabe una posible resolución en la que el órgano decisor o el árbitro desestimarán la pretensión de inaplicación al no superarse el preceptivo juicio de adecuación de la medida.

### **3.2.6.- Carácter tripartito, paritario y colegiado del órgano decisor, mayorías para la adopción de los acuerdos e imparcialidad del árbitro**

Como hemos analizado en el epígrafe dedicado a examinar la naturaleza jurídica del órgano tripartito, en el supuesto de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos nos encontramos en presencia de un órgano colegiado de carácter tripartito y paritario, adscrito orgánicamente al Ministerio de Empleo y Seguridad Social pero que funcionalmente ejerce sus competencias con independencia y autonomía plenas <sup>1287</sup>.

En este sentido, se trata de un órgano vinculado que no depende de la Administración General del Estado que va a someter su actividad con carácter general a lo que disponga su norma de creación <sup>1288</sup>. Sólo en lo no previsto en su Reglamento, la Comisión ajustará su funcionamiento a las normas generales de actuación de los órganos colegiados previstas en la normativa del régimen jurídico de las Administraciones públicas y al procedimiento administrativo común, que actuarán como supletorias <sup>1289</sup>. Lo mismo podemos predicar a estos efectos respecto de los órganos constituidos a nivel autonómico, cada uno integrado en su respectiva administración autonómica pero siempre respetando las características del carácter tripartito y paritario y de la autonomía e independencia en su actuación.

---

<sup>1284</sup> Art. 19.2 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>1285</sup> Arts. 22.2 y 24.2 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>1286</sup> Al respecto de la necesidad de **asegurar la proporcionalidad de la medida velando por la necesaria adecuación entre las medidas, las causas acreditadas y los efectos sobre los trabajadores afectados**, se puede consultar laudo arbitral de fecha 3 de julio de 2014, en expediente de inaplicación 5/2014 seguido ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, árbitro María Antonia Castro Argüelles, que se remite en este sentido a expediente 1/2014 antes el mismo órgano.

<sup>1287</sup> Art. 2 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en relación con la Disposición final segunda del ET: *“La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos es un órgano de carácter colegiado de composición tripartita, integrado por representantes de la Administración General del Estado y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social a través de la Dirección General de Empleo, que ejerce sus competencias con independencia y autonomía funcional plenas.”*

<sup>1288</sup> Art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>1289</sup> Disposición final segunda del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre.

Y si nos atenemos al régimen jurídico de la institución previsto en la norma para el órgano estatal, -trasladable en lo fundamental a cualquiera de los órganos autonómicos-, en lo que se refiere a su composición, la Comisión estará integrada por un Presidente, designado de entre profesionales de reconocido prestigio en el campo de las relaciones laborales por el titular del departamento ministerial previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Por seis vocales en representación de la Administración General del Estado designados por el titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Por seis vocales en representación de las organizaciones empresariales más representativas, nombrados por el titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social a propuesta vinculante de aquéllas. Y por otros seis vocales en representación de las organizaciones sindicales más representativas, nombrados por el titular del Ministerio igualmente a propuesta vinculante de estas últimas

<sup>1290</sup>.

En consecuencia, por mucho que orgánicamente el órgano tripartito se encuentre vinculado a la Administración en cuanto órgano atípico integrado en la misma, la decisión en modo alguno se presenta como una solución unilateral impuesta por la Administración.

Antes al contrario, se trata de una decisión fruto de la concurrencia de las voluntades de las tres representaciones integrantes en el órgano colegiado. Y en este sentido va a tener especial incidencia el régimen jurídico previsto para la adopción de los acuerdos pues la norma previene que éstos se adoptarán preferentemente por consenso entre el Presidente y los representantes de la Administración General del Estado y de los interlocutores sociales. Y de no ser posible el consenso, se adoptarán por mayoría absoluta de los asistentes, salvo en los supuestos de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos en los que será necesaria una mayoría especialmente cualificada, mayoría absoluta de los miembros de la Comisión Permanente o, en su caso, del Pleno <sup>1291</sup>.

En este sentido, la necesidad de una mayoría absoluta reforzada para la adopción de los acuerdos en los supuestos de inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios impide a ninguna de las partes imponer su criterio y se impone en la norma con la finalidad de forzar al máximo la negociación de cara a la consecución del acuerdo <sup>1292</sup>. Siendo así, el diseño legal de la institución va a permitir a la Administración colaborar con los representantes de los trabajadores y empresarios en la búsqueda de una solución definitiva a las situaciones de bloqueo en la negociación del descuelgue <sup>1293</sup>

---

<sup>1290</sup> Art. 4 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre.

<sup>1291</sup> Art. 8.3 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre: *“Los acuerdos se adoptarán, preferentemente, por consenso entre el Presidente y los representantes de la Administración General del Estado y de los interlocutores sociales. De no ser ello posible, los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los asistentes, salvo en los supuestos previstos en los artículos 12.2, 16 y 23.2, en los que será necesaria la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión Permanente o, en su caso, del Pleno.”*

<sup>1292</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 219/2013, de fecha 9 de diciembre de 2013, en recurso 339/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana García, F.J. 3º: *“Estas mayorías absolutas, que sólo operan cuando no es posible adoptar una solución de consenso, se exigen, dada la relevancia de la decisión, para forzar al máximo la negociación dentro de la Comisión”* (Negrita del que suscribe)

<sup>1293</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, P. 369

De este modo, el carácter tripartito del órgano y el sistema de mayoría reforzada para la adopción de los acuerdos matiza al extremo la naturaleza pública de la intervención, por mucho que el órgano tripartito se encuentre adscrito orgánicamente, que no funcionalmente, a la correspondiente Administración Pública.

Desde esta perspectiva, no compartimos los argumentos de quienes interpretan que nos encontramos ante un “*arbitraje administrativo gubernamental*” alegando que normalmente será la representación gubernamental la que decidirá <sup>1294</sup>. Y por ende, ante una intervención estatal en la negociación colectiva de la que se derivaría la predicada inconstitucionalidad <sup>1295</sup>.

El sistema de mayorías reforzadas exigidas para los supuestos de descuelgue, en relación con el carácter tripartito y la composición de la Comisión, conlleva que esa presunta labor dirimente de la Administración no encuentre a nuestro juicio suficiente fundamento. Sin olvidar la más que probable voluntad de la representación empresarial en el órgano tripartito en “desactivar” el mecanismo del descuelgue al modo de lo acontecido con los anteriores descuelgues salariales. En este sentido, la inaplicación beneficia al empresario solicitante, pero no al colectivo de empresarios en cuanto tal, dadas las posibles ventajas competitivas derivadas de un posible acuerdo de inaplicación <sup>1296</sup>.

Refiriéndonos a la intervención arbitral propiamente dicha, la norma posibilita la designación de un árbitro entre expertos imparciales e independientes pero siempre que exista conformidad de las partes en conflicto sobre el procedimiento aplicable, decidiendo la Comisión en caso contrario, a su vez, por acuerdo mayoritario <sup>1297</sup>.

En este sentido, el legislador otorga preferencia a la voluntad de las partes a la hora de optar por la resolución en el seno del órgano decisor o mediante árbitro designado al efecto <sup>1298</sup>,

---

<sup>1294</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012 p. 408, como son tripartitos, “el voto final de calidad queda otorgado ex lege a la representación de la Administración. En definitiva, de forma camuflada, un arbitraje resuelto por la Administración, previa audiencia de las organizaciones sindicales y empresariales”

<sup>1295</sup> ROQUETA BUJ, R.: “La modificación de las condiciones de trabajo”, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 56 y 57, siguiendo criterio de SALA FRANCO, T.: “La reforma de la negociación colectiva”, en AAVV, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 69.

<sup>1296</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 22: “Ahora bien, no puedo dejar de hacer una reflexión en voz alta: **la inaplicación beneficia al empleador que la solicita, pero no necesariamente a los empresarios como colectivo, en lo que tiene de ventajas competitivas a uno frente al resto**. No está claro que por sistema vayan a apoyar su pretensión. Pensemos en uno de los antecesores de este sistema, el descuelgue salarial disponible para las empresas a partir de 1994. Hay acuerdo unánime en considerar que esta institución fue desactivada por los propios sujetos negociadores, que establecieron unas condiciones tan exigentes para su uso que en la práctica resultó inalcanzable para los empresarios” (Negrita del que suscribe)

<sup>1297</sup> Art. 16.3 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre.

<sup>1298</sup> El art. 19.4 del Reglamento, cuando se refiere a la facultad de los miembros de la Comisión Permanente para pronunciarse sobre la elección del procedimiento a seguir, expresamente determina que lo será “sin perjuicio de la conformidad de las partes en la elección de dicho procedimiento”.

incluso determinando que será preferente el árbitro designado por acuerdo de las partes en conflicto <sup>1299</sup>. Sólo en el supuesto de no existir acuerdo, se articula un procedimiento de elección por consenso de cada uno de los tres grupos de representación en defecto del cual, no resultando posible la designación de un árbitro acordado, la decisión será adoptada en el seno de la Comisión <sup>1300</sup>. Por lo tanto, no existe en el esquema legal la imposición de un arbitraje “externo” obligatorio al ser preceptivo siempre el acuerdo previo, bien de las partes en conflicto, bien el consenso de los tres grupos de representación en el órgano tripartito.

En consecuencia, la naturaleza tripartita, colegiada y paritaria del órgano decisor, -en el que participan representantes de la patronal y de los sindicatos, no sólo de la administración-, el sistema de mayorías requerido para la adopción de los acuerdos, -que invitan a la obtención del máximo consenso- <sup>1301</sup>, así como el mecanismo de designación del árbitro, -en el que, ante la falta de acuerdo de las partes en conflicto, se asegura al máximo su imparcialidad al residirse la designación en el acuerdo de las partes representadas en el órgano tripartito-, se presentan como características fundamentales del modelo propuesto que, sin duda, deben presidir cualquier interpretación sobre el alcance de la intervención en esta última fase en la gestión del desacuerdo.

### **3.2.7.- El control judicial pleno de la decisión o del laudo arbitral y sus consecuencias en cuanto al alcance pseudoarbitral de la intervención y a la obligatoriedad de suscripción del compromiso arbitral previo**

Para terminar con el análisis de las características fundamentales del modelo legal propuesto, debemos referirnos en este punto siquiera brevemente a las posibilidades de control judicial de la decisión o del laudo, sin perjuicio de lo que se expondrá con mayor profundidad en el Capítulo dedicado en particular a la impugnación del descuelgue.

---

<sup>1299</sup> Art. 23 del Real Decreto 1362/2012: “Cuando exista conformidad entre las partes afectadas por la discrepancia para la designación de un árbitro, será preferente el designado de común acuerdo.”

<sup>1300</sup> Art. 23.1 y 2 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre: “...En otro caso, y previa convocatoria de la Comisión al efecto en el plazo máximo de cuatro días desde la fecha de la presentación de la solicitud a que se refiere el artículo 19, cada uno de los grupos de representación propondrá una relación de dos árbitros. De la lista resultante de seis árbitros, cada uno de dichos grupos descartará por sucesivas votaciones, cuyo orden se decidirá por sorteo, el nombre del árbitro que tenga por conveniente hasta que quede uno solo. 2. En el supuesto en que no se consiguiera la designación de un árbitro, la decisión para la solución de la discrepancia planteada será adoptada en el seno de la Comisión siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 21.”

<sup>1301</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 219/2013, de fecha 9 de diciembre de 2013, en recurso 339/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana García, F.J. 3º “está tratando de conciliar la negociación colectiva con el interés general y lo hace creando un organismo en el que participan las asociaciones empresariales y los sindicatos; establece la intervención de la CCNCC con carácter subsidiario y en último grado; la decisión, temporal, sólo puede acordarse en el caso de concurrir causas tasadas que pongan en riesgo el mantenimiento de la empresa como bien jurídico protegido; y, en todo caso, **la intervención de la Administración se encuentra limitada por el establecimiento de un sistema que invita a la obtención del máximo consenso** -el art. 8.3 del RD 1362/2012 establece que “los acuerdos se adoptarán, preferentemente, por consenso”- y, en todo caso, mediante el establecimiento de un sistema de mayorías absolutas que impiden a ninguna de las partes imponer su criterio - art 8.3 RD 1362/2012 -; garantizándose la “independencia y autonomía funcional plenas” de la CCNCC - art 2 RD 1362/1012”

Como resulta pacífico, en la institución del arbitraje, en cuanto alternativa a la vía jurisdiccional, se excluye el posterior control judicial del laudo más allá de los motivos tasados de anulación<sup>1302</sup>.

No es éste sin embargo el esquema legal diseñado para la institución prevista en el párr. 8º del art. 82.3 ET. En este sentido, el precepto legal previene que la decisión o el laudo serán recurribles conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET<sup>1303</sup>, esto es, modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos<sup>1304</sup>.

Interpretando la norma, doctrina científica y judicial se han posicionado de manera prácticamente unánime en el sentido de la posibilidad de un control judicial pleno<sup>1305</sup>, revisión comprensiva tanto de las cuestiones referidas al fondo como a la forma. Y no sólo en relación con la verificación de las causas, también con el alcance de la inaplicación.

De este modo, se concluye en el sentido de que resulta posible un enjuiciamiento de la decisión o del laudo por los motivos de la ilegalidad, lesividad o por la existencia de vicios procedimentales, no admitiéndose restricciones a las alegaciones y defensas de los recurrentes discrepantes con la decisión<sup>1306</sup>. Incluso pese a la existencia de un cierto margen de discrecionalidad del órgano tripartito en la apreciación de las causas que no obsta al control judicial pleno<sup>1307</sup>.

---

<sup>1302</sup> Art. 41 Ley 60/2003, de Arbitraje. Precisamente por esas limitadas posibilidades de control posterior del laudo a la acción de nulidad, se viene proponiendo en la regulación de determinadas cortes arbitrales la posibilidad de revisión “ad intra” de los laudos arbitrales en una especie de segunda instancia, en este sentido, PELAYO JIMÉNEZ, R.: “La revisión *ad intra* de los laudos arbitrales”, Diario La Ley, nº 8440, Sección Tribuna, 12 de diciembre de 2014, año XXXV, Editorial La Ley.

<sup>1303</sup> Art. 82.3 párr. 8º ET *in fine*.

<sup>1304</sup> El procedimiento de impugnación de convenios colectivos se encuentra regulado en los arts. 163 a 166 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

<sup>1305</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 112. En sentido contrario NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 76 y ss.

<sup>1306</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 219/2013, de fecha 9 de diciembre de 2013, en recurso. 339/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana García, F.J. 3º: “*En el caso que estamos enjuiciando nos encontramos ante la impugnación de una decisión de la Comisión. Pues bien, como antes hemos indicado, al resumir nuestra jurisprudencia precedente, hemos considerado que el control judicial, en estos casos, debe ser pleno, siendo posible que la Sala enjuicie su ilegalidad, lesividad o la existencia de vicios procedimentales. Desde esta interpretación, no existe lesión del art. 24 de la Constitución, pues no se admiten restricciones a las alegaciones y defensas de los recurrentes discrepantes con la decisión. Y la exigencia, establecida por el legislador, del agotamiento de un cauce específico antes de acudir a los Tribunales, no es contraria a la Constitución, como ha declarado el Tribunal Constitucional, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y de otro, porque son trámites proporcionados y justificados ya que su fin no es otro que procurar la solución extraprocesal de controversias*” - STC 217/1991 -.” (Negrita del que suscribe)

<sup>1307</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 28/2014, de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso 356/2013, Ponente López Parada, F.J. 13º: “*En relación con la admisibilidad de ese “margen de apreciación” de la Administración cuando ha de valorar cuestiones técnicas y no jurídicas se ha*



En esta línea, recientemente el Tribunal Constitucional ha concluido a favor del control judicial amplio de la decisión o del laudo sobre los aspectos de fondo del asunto, incluyendo los motivos de ilegalidad o de lesividad, y no limitándose a los aspectos externos o procedimentales referidos al cumplimiento de los requisitos y formalidades o al carácter *ultra vires* de la resolución<sup>1308</sup>.

A los efectos que nos interesan, -características del modelo legalmente propuesto-, la posibilidad de control judicial pleno de la decisión o del laudo condiciona sin duda alguna la concepción de la institución prevista en la última fase del procedimiento en la gestión del desacuerdo desde una doble perspectiva.

Así, en primer término, esta posibilidad de revisión judicial amplia de la decisión o del laudo matiza sobremanera la naturaleza "arbitral" de la intervención del órgano tripartito o del árbitro.

En este sentido, la institución jurídica del arbitraje supone en esencia un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes en el que se renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros<sup>1309</sup>, corolario del denominado

---

*pronunciado también el Tribunal Constitucional, por ejemplo en sentencias 39/1983 , 97/1993 , 353/1993 , 40/1999 , 86/2004 ó 17/2009 , diciendo que "la existencia de un ámbito de discrecionalidad administrativa técnica en determinados supuestos... no supone la desaparición del derecho a la tutela judicial efectiva... Lo que sucede en tales casos es que la revisión jurisdiccional ... experimenta determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una "presunción de razonabilidad" o "de certeza" de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Ahora bien, aquella presunción, en tanto que presunción iuris tantum, también podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado". Quede claro entonces que es "la especialidad y la imparcialidad" del órgano que dicta la resolución la que es determinante en la atribución de la presunción de razonabilidad de su resolución, lo que lo hace especialmente aplicable al arbitraje que aquí nos ocupa y es aplicable a aquellos aspectos técnicos, contables, económicos, organizativos y productivos que subyacen las decisiones sobre descuelgue convencional"*

<sup>1308</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 119/2014, de fecha 16 de julio, en recurso de inconstitucionalidad 5603/2012, BOE nº 198, de 15 de agosto de 2014: *"más allá del enjuiciamiento de sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral, así como de la valoración sobre el carácter ultra vires de la resolución emitida, la revisión por parte de los órganos judiciales alcanza también a impugnaciones fundadas, no sólo por motivos de lesividad a terceros, sino también de ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a esta última causa. A partir de esta regulación normativa, no cabe excluir que esa intervención judicial derivada del art. 82.3 ET permita a los tribunales ordinarios efectuar un control pleno sobre la decisión o laudo arbitral en aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional"*

<sup>1309</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 174/1995, de 23 de noviembre de 1995, Ponente D. Fernando García-Mon y González-Reguer, F.J. 3º, *"Mediante el arbitraje, como dice el art. 1 de la Ley 36/1988, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho. Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera "un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una*

efecto negativo del convenio arbitral que impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje<sup>1310</sup>. Muy elocuentemente, en los propios términos utilizados por el máximo intérprete constitucional, “*equivalente jurisdiccional*”<sup>1311</sup>.

Es por ello que, en determinados supuestos de arbitrajes obligatorios en materia laboral, con control judicial pleno, -como el previsto en la norma para el supuesto de la materia electoral<sup>1312</sup>-, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha concluido en el sentido de que nos encontramos más ante un pseudoarbitraje que ante un genuino arbitraje<sup>1313</sup>, dadas las ilimitadas posibilidades de control judicial<sup>1314</sup>.

---

*decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)” (SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9º, y 62/1991, fundamento jurídico 5º).” (Negrita del que suscribe)*

<sup>1310</sup> Art. 7 -Intervención judicial-, de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, aplicable supletoriamente en el ámbito laboral: “*En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga.*”, en relación con los manifestado en el apartado II de la exposición de motivos: “*El artículo 7, sobre intervención judicial en el arbitraje, es un corolario del denominado efecto negativo del convenio arbitral, que impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje. De este modo, la intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la ley.*”

<sup>1311</sup> F.J. 5º *in fine* de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 62/1991, de 22 de marzo de 1991, Ponente Magistrado don Vicente Gimeno Sendra : “*equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)*”

<sup>1312</sup> Art. 76 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con los establecido en los arts. 127 a 132 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

<sup>1313</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 2 de enero de 1996, Ponente Vicente Conde Martín de Hijas, F.J. 6º: “*En este sentido, el que el arbitraje que nos ocupa tenga el carácter de un arbitraje obligatorio, impuesto ex lege, lo diferencia sensiblemente del típico arbitraje de la Ley 36/1988, pudiendo incluso negar que sea un “genuino arbitraje”, (por decirlo con expresión de la S.T.C. 11/1981, F.J. 24); mas lo importante es examinar si se produce con él el cierre de la posibilidad de acceso a los tribunales, que sería, en su caso, lo que podría entrar en colisión con el Art. 24 C.E. Lo característico del arbitraje típico, como equivalente jurisdiccional, es precisamente el cierre de ese acceso, de modo que la jurisdicción no puede sustituir al árbitro en la decisión del conflicto confiado a la de éste, ni enjuiciar su laudo, restando solo a aquella unas facultades de control externo, y no de fondo, a través del recurso de revisión. Es precisamente ese efecto esencial, de cierre de la jurisdicción estatal y de instrumento de alternativa privada a ésta, lo que explica el que sea la autonomía privada, la voluntad de las partes, el condicionante y la justificación de la figura. En el arbitraje que examinamos no se produce sin embargo el cierre del acceso a la jurisdicción, pues según el Art. 127.1 de la L.P.L. <<los laudos arbitrales previstos en el artículo 76 del Estatuto de los Trabajadores podrán ser impugnados a través del proceso previsto en los artículos siguientes>>. El artículo 128 de la propia L.P.L. por su parte establece una cognitio del órgano jurisdiccional, que es incluso más extensa que la del árbitro, pues no solo abarca el contenido total de las facultades enjuiciadoras atribuidas al árbitro en el Art. 67.2 de la L.E.T. (existe una total correlación de contenidos entre el del Art. 128.a de la L.P.L. y el del Art. 67.2 L.E.T., al que el primero remite), sino que además se le somete el enjuiciamiento externo de la regularidad del desarrollo formal del arbitraje y de la actuación del árbitro (Art. 128.b, c y d). En esas circunstancias no existe atisbo alguno de cierre del acceso a la jurisdicción, que es en lo que consiste el derecho judicial de tutela judicial efectiva. Cosa diferente sería que la revisión jurisdiccional del laudo arbitral tuviera un contenido limitado, de modo que quedasen ciertos aspectos de aquel exentos de dicha revisión; pero éste no es el caso. En definitiva, la ley no hace más que regular las condiciones de acceso al órgano judicial, anteponiendo al mismo un necesario trámite pseudoarbitral*

En esta lectura, la obligatoriedad sólo incidiría en la incorporación de un trámite previo a la vía judicial, siendo lo decisivo el carácter omnicomprendido de la posible impugnación judicial <sup>1315</sup>. Lo relevante para aceptar la constitucionalidad de estos sistemas vendría determinado por la posibilidad de ulterior revisión de la resolución arbitral por los órganos judiciales <sup>1316</sup>.

Desde esta perspectiva, los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para calificar como pseudoarbitraje al supuesto del previsto en materia electoral resultan, *mutatis mutandis*, plenamente aplicables a la decisión acordada en el seno del órgano tripartito o por árbitro designado al efecto, por lo que nos posicionamos expresamente en la interpretación de una **intervención de naturaleza o alcance pseudoarbitral**.

En segundo término, a mayor abundamiento, la posibilidad de revisión plena del laudo en la vía judicial va a tener igualmente trascendencia a la hora de enjuiciar desde la perspectiva constitucional la inexistencia de compromiso arbitral previo y, con ello, de enjuiciar su obligatoriedad.

En este sentido, el control judicial pleno del laudo o de la decisión flexibiliza hasta el extremo la exigencia de suscripción previa del compromiso arbitral inherente a la institución arbitral

---

*(por mucha que sea la denominación, si su esencia no se ajusta estrictamente a su nombre), que, aunque sea un paso más, en relación con la conciliación previa, típica del proceso laboral, puede reconducirse al mismo fin que inspira ésta.” (negrita del que suscribe)*

<sup>1314</sup> PRADOS DE REYES, F.J. y ALAMEDA CASTILLO, M<sup>a</sup> T.: “La impugnación judicial de los laudos arbitrales laborales”, *Temas Laborales*, nº 70/2003, págs. 359 y 360: en el supuesto del arbitraje laboral, se establece una *cognitio* del órgano jurisdiccional “incluso más extensa que la del árbitro, pues no sólo abarca el contenido total de las facultades enjuiciadoras atribuidas al árbitro en el art. 76.2 ET sino que además se le somete al enjuiciamiento externo de la regularidad del desarrollo formal del arbitraje y de la actuación del árbitro”

<sup>1315</sup> CRUZ VILLALÓN a propósito del arbitraje en materia electoral del art. 76 ET en “El arbitraje laboral en la reforma legislativa”, *El arbitraje laboral: Los acuerdos de empresa*, VI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, OJEDA AVILÉS, A. (coord.), Editorial Tecnos S.A., 1996, pág. 53, en relación con el supuesto del arbitraje electoral del art. 76 ET: en la medida en que la obligatoriedad sólo incide en la incorporación de un trámite previo a la vía judicial, lo decisivo es que la impugnación judicial del laudo sea omnicomprendida, abarcando tanto motivos formales de procedimiento como sustantivos.

<sup>1316</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 28/2014, de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso 356/2013, Ponente López Parada, F.J. 13º “... Pero es que además, en relación con la imposición de sistemas de arbitraje obligatorio en litigios jurídicos sobre aplicación de normas ya hemos dicho en la citada sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2013, procedimiento 339/2013, que la misma es admisible constitucionalmente. También cabe recordar que desde la Ley 11/1994 rige en nuestro país y en materia sindical, sin haber sido cuestionado constitucionalmente, un sistema de arbitraje obligatorio, regulado en el artículo 76 del Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 1844/1994 (artículo 28 y siguientes), en materia de elecciones a representantes legales de los trabajadores. **Lo relevante para aceptar la constitucionalidad de estos sistemas es, en primer lugar** y como se ha visto, que se trate de arbitrajes en conflictos jurídicos y **que permitan la ulterior revisión de la resolución arbitral por los órganos judiciales**; y, **en segundo lugar**, que presenten las características propias de un sistema extrajudicial, de **predominio técnico o de mediación social**, y **no asuman la naturaleza jurídico pública de supremacía y organizativa propia de los órganos judiciales**, porque en ese caso ello supondría la creación de una nueva jurisdicción, lo que está vedado constitucionalmente.” (Negrita del que suscribe)

privada <sup>1317</sup>. Hasta el punto de que debería dejar de convertirse en un parámetro de medida del ajuste constitucional del sistema impuesto en la norma a la luz de la doctrina sobre la conformidad constitucional de determinados arbitrajes institucionales e imperativos con control judicial amplio.

Admitiéndose el encuadramiento del arbitraje en el marco del art. 24 CE, que el arbitraje se resida en la autonomía privada de las partes o que repose en una decisión heterónoma del legislador basada en finalidades constitucionalmente legítimas sería una cuestión que a nuestro juicio pasaría a un segundo plano a estos efectos. En este sentido, la autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral en cuanto que la institución conlleva la exclusión de la vía judicial <sup>1318</sup>, no siendo así en el caso contrario en el que la falta de voluntariedad inicial o de entrada queda suficientemente compensada con el control judicial amplio del laudo <sup>1319</sup>.

En esta interpretación, la obligatoriedad de sometimiento del conflicto ante el órgano tripartito o el árbitro a voluntad de una sola de las partes en conflicto no puede desde nuestro punto de vista servir de argumento para mantener la inconstitucionalidad de la medida prevista en el art. 82.3 párr. 8º ET.

Analizamos a continuación en profundidad la problemática en relación con el ajuste constitucional de la medida.

### **3.3.- La constitucionalidad de la decisión dictada en el seno del órgano tripartito o del laudo arbitral**

Desde su promulgación en febrero de 2012, la posibilidad de instar la solución de la discrepancia ante el órgano tripartito por una sola de las partes en conflicto para su resolución mediante decisión en su propio seno o mediante laudo dictado por árbitro designado al efecto, ha sido objeto de una importante controversia más allá del ámbito doctrinal. Incluyendo el planteamiento de sendos recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional <sup>1320</sup>,

---

<sup>1317</sup> Para autorizada doctrina en la materia, el compromiso arbitral previo no resulta elemento constitutivo del arbitraje laboral, LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Ed. Lex Nova, 1ª Edición, agosto 2003 pág. 402: “el origen consensual no parece ser un elemento constitutivo del arbitraje laboral. Sí será un factor esencial para la calificación como arbitraje el carácter vinculante de la decisión arbitral, así como la independencia del tercero frente a las partes y frente a la Administración. En lenguaje académico, esta reflexión conduciría a calificar la voluntariedad como troncal en el arbitraje privado mientras que se convierte en opcional en el laboral, a opción del legislador.”

<sup>1318</sup> F.J. 3º de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 174/1995, de 23 de noviembre de 1995, Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueras: “**La autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial**” (Negrita del que suscribe)

<sup>1319</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Ed. Lex Nova, 1ª Edición, agosto 2003, pág. 343.

<sup>1320</sup> Recurso de inconstitucionalidad nº 5603-2012 interpuesto por Parlamento de Navarra y recurso de inconstitucionalidad nº 5610-2012 promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, ambos planteados contra

o de queja ante el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo por determinadas organizaciones sindicales <sup>1321</sup>.

Desde tempranos comentarios a la reforma, se plantearon serias dudas desde sectores doctrinales en relación con el posible ajuste constitucional de la nueva previsión legal <sup>1322</sup>.

---

determinados artículos de la Ley 3/2012 respectivamente, publicados en el BOE nº 270, de 9 de noviembre de 2012.

<sup>1321</sup> Quejas contra el Gobierno de España presentadas inicialmente por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.), la Confederación Sindical Unión General de Trabajadores (UGT), en fecha 10 de mayo de 2012, ampliadas por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), la Unión Sindical Obrera (USO) y numerosas organizaciones sindicales nacionales, por legislación restrictiva de la negociación colectiva y resuelta en reunión de la Oficina Internacional del Trabajo en su Consejo de Administración en su 320ª reunión, 13-27 de marzo de 2014, caso núm. 2947.

<sup>1322</sup> Podemos señalar entre los defensores de la posición de la inconstitucionalidad de la medida a CRUZ VILLALÓN en sus trabajos "Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012", en GARCÍA PERROTE y MERCADER (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, 407 y ss, "El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012", *Revista de Derecho Social*, nº 57, enero-marzo, año 2012, p. 239 a 244 y "Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012", *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 48 a 51, a ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva", en ESCUDERO, R. (coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid (Cinca), 2012, p. 47 y ss, a LÓPEZ ANIORTE, M.C.: "La negociación colectiva", en CAVAS, F. (coord.), *La reforma laboral de 2012. Análisis del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Murcia (Laborum), 2012, p. 106, a MOLINA NAVARRETE, C.: "De las reformas laborales a un nuevo, e irreconocible, "Estatuto del trabajo subordinado", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, nº 348, año 2012, p. 138, a NAVARRO NIETO, F.: "La reforma del marco normativo de la negociación colectiva", XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 76 y ss, a PURCALLA, M.A. y PRECIADO, C.H.: "Cambios en la negociación colectiva tras la Ley 3/2012: breves notas para el debate", *RGTSS* nº 31, año 2012, p. 324 y 325, a ROQUETA BUJ, R.: "La modificación de las condiciones de trabajo", en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 56 y 57, a SALA FRANCO, T.: "La reforma de la negociación colectiva", en BLASCO, A., *La reforma laboral en el RDL 3/2012*, Valencia (Tirant), 2012, p. 65, a CALVO GALLEGU, F.J.: "Algunas notas sobre el papel de los sistemas extrajudiciales en los procesos de inaplicación de convenios estatutarios", *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 372 y 373, a LÓPEZ LÓPEZ, J.: "Descuelgue del convenio colectivo y cambio de unidad aplicativa (2012): una interpretación acorde con el modelo constitucional", *Relaciones Laborales*, número 4/2014, o a GORELLI HERNANDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 129.

Fundamentalmente por los motivos de que nos encontraríamos ante un supuesto de un arbitraje público, obligatorio y sin compromiso arbitral previo, -pudiendo ponerse en marcha contra la voluntad de una las partes, lo que determinaría la aplicación de determinada doctrina constitucional a su juicio impeditiva de la imposición de arbitrajes obligatorios en materia laboral-<sup>1323</sup>. Por el carácter dirimente de la Administración en supuestos de empate, -que de forma camuflada resolvería unilateralmente-. O por la forzada invocación del derecho a la defensa de la productividad ex art. 38 CE, -desconociendo los límites de actuación de los poderes públicos en materia de solución de conflictos lesionándose el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical-<sup>1324</sup>.

En la posición contraria<sup>1325</sup>, para otro sector doctrinal la solución legal se ajustaría a los imperativos constitucionales. Fundamentalmente porque la defensa de la productividad ex

---

<sup>1323</sup> F.J. 24º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, Ponente Luis Díez-Picazo y Ponce de León

<sup>1324</sup> CRUZ VILLALÓN, J. en “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*. nº 57, enero-marzo, año 2012, p. 239 a 244 o en su artículo “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 48 a 51: En resumen, para el autor se trata de un arbitraje, como lo califica expresamente la propia exposición de motivos, desde el momento en que un tercero, ajeno a la controversia resuelve el asunto; se trata de un arbitraje obligatorio, en la medida en que la norma no prevé la suscripción de ningún compromiso arbitral entre las partes, ni en caliente, ni en frío; se produce a iniciativa de cualquiera de las partes, esto es, puede ponerse en marcha contra la voluntad de una de las partes (Partiendo de la regla general de que el arbitraje deber ser voluntario, pues de lo contrario afecta a la fuerza vinculante de los convenios. y de que esa voluntariedad sólo la exceptúa la jurisprudencia para casos excepcionales o extraordinarios, no se daría el requisito legal). Con respecto al carácter tripartito de la CCNCC, para el autor la norma no hace otra cosa que atribuir el poder dirimente final a los representantes de la Administración Pública, por lo que de forma camuflada se produce un arbitraje resuelto por la Administración Pública, no siendo asimilable el supuesto al del proceso de derogación de las ordenanzas Laborales dado que el arbitraje lo era para sustituir una norma estatal de rango reglamentario. Por último, la alusión en la EM al art. 38 CE “*tampoco puede constituir elemento que permita alterar las conclusiones que hemos formulado con precedencia respecto de la tacha de constitucionalidad de la fórmula del arbitraje obligatorio público. Se trata de una lectura aislada y asistemática del art. 38 de la Constitución, que de poderse realizar como tal podría habilitar para no respetar el contenido esencial de otros derechos constitucionalizados en materia laboral, incluidos algunos de ellos con rango de derechos fundamentales y libertades públicas*” ... “*En definitiva, esa tutela de la productividad encomendada a los poderes públicos debe canalizarse por otras vías y, en todo caso, debe efectuarse con pleno respeto a la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Como se ha señalado con todo fundamento, tan **forzada invocación del art. 38 CE** supone desconocer los límites que ha de tener la actuación de los poderes públicos en materia de solución de conflictos colectivos en los que está en juego un concepto de tanta relevancia constitucional como es la autonomía colectiva*” (Negrita del que suscribe)

<sup>1325</sup> Entre los defensores de la nueva previsión legal podemos señalar a GOERLICH PESET, J.M.: “El Real Decreto Ley 3/2012: aproximación general”, en AA.VV., La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012, BLASCO, A (coord.), Tirant lo Blanch, 2012, p. 30 y ss, LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., Comentario a la reforma laboral de 2012, Madrid (Civitas), 2012, p. 369 y 370, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo”, en THIBAUT, J. (dir.), La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo, Madrid, La Ley, 2012, p. 215 y ss, MERCADER UGUINA, J.: “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en GARCÍA-PERROTE. I Y MERCADER, J. (dirs.), La regulación del mercado laboral. Un

art. 38 CE se presenta como un interés legítimo protegido que justificaría el sacrificio del derecho a la negociación colectiva al resultar en todo caso proporcionado a la vista del alcance subsidiario de la intervención y de su carácter causal y temporal. Asimismo, por la posibilidad de un control judicial pleno sobre la decisión o el laudo arbitral<sup>1326</sup>. A mayor abundamiento, la naturaleza tripartita del órgano decisor, así como la posibilidad de bloqueo de su intervención por los propios interlocutores sociales mediante el establecimiento un procedimiento autónomo alternativo, justificarían la constitucionalidad de la nueva previsión legal<sup>1327</sup>.

En este debate, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ha tenido ocasión de pronunciarse de manera directa hasta en dos ocasiones a favor del ajuste constitucional de la medida. Y ello

---

análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 20/2012, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 436 (cambia opinión inicial).

<sup>1326</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTROYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 369 y 370: “Pero además, el problema de la constitucionalidad de la nueva competencia de la CCNCC exige resolver la cuestión de si la defensa de la productividad de las empresas en el mercado, como interés legítimo protegido por el art. 38 de la Constitución, puede llegar a justificar un sacrificio del derecho a la negociación colectiva a través de un arbitraje obligatorio en el seno de esta renovada comisión” “Y para ello, de acuerdo con la doctrina constitucional, **es necesario valorar la proporcionalidad** del sacrificio atendiendo a varias circunstancias. En primer lugar, no puede ignorarse que la intervención arbitral en el seno de la CCNCC está prevista para un supuesto concreto que tiene **carácter subsidiario** frente a otros sistemas de solución de conflictos de carácter bipartito que tienen su origen en la autonomía colectiva. Además el descuelgue afecta a la eficacia del convenio, pero lo hace a través de un **acuerdo causal, temporal** y sometido a **control judicial**. En cualquier caso, si la solución arbitral se contempla no sólo desde la perspectiva de su constitucionalidad, sino también y sobre todo desde el enfoque de su eficacia real e impacto práctico, habría que plantearse si no hubiera sido mejor solución legal la de exigir la convivencia de todos los sujetos implicados para someterse al arbitraje, ya que el laudo dictado en un arbitraje obligatorio posiblemente acabe siendo impugnado” (Negrita del que suscribe). En sentido contrario, para NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 77, no es suficiente argumento imponer la obligatoriedad del arbitraje en la existencia de un interés legítimo como el de la preservación de la empresa en el mercado amparada por el derecho a la libertad de empresa ex art. 38 CE.

<sup>1327</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 114: “fundamentado en un interés legítimo -la preservación de la empresa en el mercado-, no parece que el sacrificio que se exige a la libertad negocial de los sujetos que participan en las consultas resulte desproporcionado. A estos efectos, creo que deben valorarse hasta cuatro ideas. Es muy relevante, en primer término, el lugar en el que se produce la intervención arbitral: la comisión consultiva nacional, **órgano de naturaleza tripartita**. Por otro lado, es sumamente importante el carácter subsidiario de su intervención: sólo se actúa una vez agotados sin éxito otros sistemas autónomos de solucionar el conflicto. Es más, **queda en manos de los interlocutores sociales**, en el ámbito interconfederal, en el momento de negociar el convenio colectivo o, incluso, durante el desarrollo del período de consultas, **eliminar la intervención de la Comisión si se establece un procedimiento alternativo que garantice la solución**. En tercer lugar, la intervención es limitada: no se trata de dictar una resolución que sustituya en bloque el convenio colectivo sino prever una inaplicación material y temporalmente limitada. En fin, la intervención se desarrolla rodeada de suficientes garantías -sujeción a los requisitos causales y demás límites del art. 41 ET, con eventual control jurisdiccional de la decisión-”. (Negrita del que suscribe)

tanto desde la perspectiva de la no afectación del derecho a la tutela judicial efectiva, como del derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical<sup>1328</sup>.

Así, en la primera de las resoluciones, en lo que se refiere a la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, se entiende que la medida no es merecedora de reproche constitucional alguno, dada la posibilidad de un control judicial pleno sobre la decisión o el laudo, siendo posible que la Sala enjuicie su ilegalidad, lesividad o la existencia de vicios procedimentales.

En lo que se refiere a la posible vulneración de los derechos a la negociación colectiva y a la libertad sindical, la Sala tampoco advierte inconstitucionalidad alguna. Primero, porque de conformidad con la doctrina constitucional los derechos constitucionales no son absolutos, encontrándose limitados por otros valores, bienes y derechos constitucionales igualmente protegibles, entre ellos la defensa de la productividad, expresamente reconocido en el art. 38 CE. Segundo, porque se supera el principio de proporcionalidad configurado por el triple test de idoneidad, necesidad y adecuación de la medida, dada la finalidad de evitar la puesta en marcha de medidas extintivas, tratando la norma con este mecanismo de conciliar negociación colectiva con interés general en una intervención subsidiaria y de último grado ante un órgano paritario tripartito, -con independencia y autonomía funcional-, en el que participan asociaciones empresariales y representantes sindicales, cuya intervención se encuentra limitada por un sistema de adopción de los acuerdos que invita al máximo consenso y, en todo caso, a la adopción de los acuerdos por mayorías absolutas que impiden la unilateralidad en la toma de decisión. A mayor abundamiento, la Sala apoya su tesis en la circunstancia de que se trata de una decisión temporal y que sólo puede activarse previa concurrencia de causas tasadas que pongan en riesgo el mantenimiento de la empresa como bien jurídico protegido.

Por estos motivos, ciertamente contundentes, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional entiende en esta primera resolución que no resultan infringidos los preceptos constitucionales alegados por los recurrentes en su demanda<sup>1329</sup>.

---

<sup>1328</sup> Sentencia número 219/2013, de fecha 9 de diciembre de 2013, en recurso número 339/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana García y Sentencia de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso número 356/2013, Ponente Rafael López Parada.

<sup>1329</sup> F.J. 3 de la Sentencia número 219/2013, de fecha 9 de diciembre de 2013, en recurso número 339/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana: *"En el caso que estamos enjuiciando nos encontramos ante la impugnación de una decisión de la Comisión. Pues bien, como antes hemos indicado, al resumir nuestra jurisprudencia precedente, hemos considerado que el **control judicial**, en estos casos, debe ser **pleno**, siendo posible que la Sala enjuicie su ilegalidad, lesividad o la existencia de vicios procedimentales. Desde esta interpretación, no existe lesión del art. 24 de la Constitución, pues no se admiten restricciones a las alegaciones y defensas de los recurrentes discrepantes con la decisión. Y la exigencia, establecida por el legislador, del agotamiento de un cauce específico antes de acudir a los Tribunales, no es contraria a la Constitución, como ha declarado el Tribunal Constitucional, "ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y de otro, porque son trámites proporcionados y justificados ya que su fin no es otro que procurar la solución extraprosesal de controversias" - STC 217/1991 -. Mayor dificultad tiene el otro bloque de argumentación, pues es claro que la regulación contenida en el art. 83.2 del ET afecta a la negociación colectiva y, al final, la decisión de la Comisión puede traducirse en la inaplicación del Convenio Colectivo en contra del parecer de una de las partes. La Sala parte de la idea de que, en efecto, no es preciso detenerse en ello, la libertad sindical regulada en el art. 28.1 de la Constitución comprende el derecho a la negociación colectiva - art. 2.2.d) LOLS - y que el art. 37 de la Constitución establece que "la ley garantizará ....la fuerza vinculante de los*



En el segundo pronunciamiento, la Sala descarta nuevamente la vulneración de los derechos a la negociación colectiva y a la libertad sindical pretendida. Primero, porque la concurrencia objetiva de las causas legalmente tasadas para la inaplicación no conduce de manera automática a la justificación del descuelgue, resultando obligado para el órgano decisor en todo caso valorar su proporcionalidad según el desarrollo reglamentario de la norma legal, debiendo examinar el órgano tripartito o el árbitro si concurren las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la inaplicación convencional pretendida por la empresa, lo que descarta la inconstitucionalidad <sup>1330</sup>.

---

convenios". La remisión a la Ley permite un amplio margen al legislador de configuración legal, pero siempre garantizando la "fuerza vinculante", por lo tanto, no existe una libertad absoluta de configuración legal. La Sala entiende que **los derechos constitucionales no son absolutos, se encuentran limitados por otros bienes, valores y derechos constitucionales**. Desde esta perspectiva, **lo que tenemos que analizar es si la norma supera el principio de proporcionalidad que viene configurado por la utilización del llamado triple test de la idoneidad de la medida, necesidad y adecuación**. En este sentido la STC 11/1981, permite el establecimiento de un sistema de arbitraje obligatorio en defensa del "interés general". En aplicación de dicha sentencia la STS (Con-Adm) de 2 de julio de 1985 (RJ 1985/3944) razonó que el establecimiento de un arbitraje obligatorio puede estar justificado en la **defensa de otros "derechos y principios recogidos en la Constitución, entre ellos el sancionado por el artículo 38"** y la STS (Con-Adm) de 9 de mayo de 1988 (RJ 1988/4075) considera que dicho medio de solución del conflicto, es "idóneo" en determinados casos en los que **está en juego el interés general**. Esta es la línea seguida por el legislador en el Preámbulo de la Ley 3/2012, al justificar la reforma introducida, donde se dice que se trata "en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración cuya intervención **se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española**". También, la STS (Con-Adm) de 7 de diciembre de 2005 (Rec. 2087/2003) resalta la "necesidad del arbitraje" ante la falta de acuerdo y el hecho de que en la Comisión estén "presentes los representantes de los Sindicatos más representativos, [y] los representantes de los Empresarios". Y esta es también la línea de razonamiento que seguimos en nuestra SAN 28 de enero de 2013 (Rec. 316/2012), donde, como antes indicamos, razonamos que la medida contenida en el art. 82.3 del ET "se justifica legalmente por la necesidad de resolver eficazmente la gestión del desacuerdo en las medidas de flexibilidad interna, **con la finalidad de evitar la activación de medidas extintivas**, cuyas fronteras aplicativas son extremadamente leves en relación con las medidas de flexibilidad interna. Se trata, por consiguiente, de un bien jurídico nada despreciable, puesto que su recta y cabal instrumentación permitirá eludir medidas de flexibilidad externa en situaciones de crisis y reducir el desempleo, que es el principal problema nacional". Hemos considerado, por lo tanto, que **la norma está tratando de conciliar la negociación colectiva con el interés general** y lo hace creando un organismo en el que participan las asociaciones empresariales y los sindicatos; establece la **intervención de la CCNCC con carácter subsidiario y en último grado; la decisión, temporal, sólo puede acordarse en el caso de concurrir causas tasadas** que pongan en riesgo el mantenimiento de la empresa como bien jurídico protegido; y, en todo caso, la **intervención de la Administración se encuentra limitada por el establecimiento de un sistema que invita a la obtención del máximo consenso** -el art. 8.3 del RD 1362/2012 establece que "los acuerdos se adoptarán, preferentemente, por consenso"- y, en todo caso, mediante el establecimiento de un **sistema de mayorías absolutas que impiden a ninguna de las partes imponer su criterio** -art 8.3 RD 1362/2012-; **garantizándose la "independencia y autonomía funcional plenas" de la CCNCC** -art 2 RD 1362/2012-. En suma, la medida, creemos, supera el test de proporcionalidad. Por todas estas razones entendemos que, sin perjuicio de lo que resuelva el Tribunal Constitucional, la norma, en opinión de la Sala, no infringe los artículos de la Constitución indicados por los recurrentes." (Negrita del que suscribe)

<sup>1330</sup> F.J. 7º de la Sentencia de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso número 356/2013, Ponente Rafael López Parada: "Como el desarrollo reglamentario se ha encargado de aclarar, **aunque concurra el supuesto de hecho de la norma debe acreditarse su relación causal y proporcionada con la inaplicación solicitada y, en todo caso, habrá que valorarse la proporcionalidad, siendo posible "proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad"**. Si esto no fuese así y se pretendiese elevar una causa objetiva como fundamento de la inaplicación

Igualmente, a juicio de la Sala resulta condición *sine qua non* para que el órgano tripartito asuma la competencia la previa valoración de la existencia de una suficiente negociación colectiva previa y de buena fe en las fases anteriores <sup>1331</sup>. Tercero, porque la actuación del órgano tripartito no tendría contenido normativo positivo dado que su finalidad no es la de producir una norma, como sí ocurre en el supuesto de los acuerdos alcanzados en el período de consultas o en las fases negociadoras posteriores <sup>1332</sup>. Además, se señala la circunstancia de que la potestad normativa de la Administración Laboral para regular condiciones de trabajo para ámbitos sectoriales concretos no ha desaparecido en nuestro ordenamiento jurídico después de la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores, señalando como ejemplos los de

---

*convencional, a juicio de esta Sala se estaría incurriendo en inconstitucionalidad, pero interpretada la norma en el sentido indicado, que es el que resulta también de su desarrollo reglamentario, la constitucionalidad queda excluida, al no tener carácter automático. Como ya dijimos en las sentencias de esta Sala de 2 de noviembre de 2012, procedimiento 178/2012 y de 28 de enero de 2013, procedimiento 316/2012, el órgano administrativo o arbitral que adopta la decisión no solamente debe pronunciarse sobre la realidad de las causas alegadas por la empresa, sino que también, una vez constatada la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción, debe examinar si concurren las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la inaplicación convencional pretendida por la empresa. Es en este juicio de adecuación, razonabilidad y proporcionalidad el que permite afirmar la constitucionalidad del precepto indicado en cuanto permite una excepción al carácter vinculante de los contratos, puesto que el supuesto de hecho definido legalmente habrá de valorarse caso por caso sobre bases constitucionales.”* (Negrita del que suscribe)

<sup>1331</sup> F.J. 8º de la Sentencia de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso número 356/2013, Ponente Rafael López Parada: **“La condición para que se atribuya la competencia a dicha Comisión es que sea solicitado por parte interesada y, en segundo lugar, que se haya desarrollado el periodo de negociación prescrito por la Ley sin alcanzarse un acuerdo. Para asumir la competencia lo primero que habrá de valorar el órgano administrativo es si la negociación colectiva existente en la fase previa se ha desarrollado de forma suficiente y con buena fe por parte del solicitante de la inaplicación del convenio colectivo. Si no hubiese sido así (y esto es algo que las partes alegan en este supuesto y que después analizaremos), entonces el órgano administrativo habría de rechazar la inaplicación solicitada, sin llegar a resolver sobre el fondo de la misma ni delegar la resolución en un árbitro.”** (Negrita del que suscribe)

<sup>1332</sup> F.J. 11º de la Sentencia de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso número 356/2013, Ponente Rafael López Parada: **“Ahora bien, dicha actuación administrativa no tiene como finalidad producir una norma, como ocurre con el acuerdo de inaplicación que se pueda producir en el periodo de consultas o en las fases negociadoras posteriores. Los acuerdos alcanzados durante el periodo de consultas, según la Ley, deben “determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa”, es decir, establecen una regulación de origen igualmente convencional que se aplica en lugar del convenio de referencia. Pero no es éste el caso de la resolución administrativa, cuyo objeto es mucho más limitado y queda constreñido a resolver sobre la solicitud de inaplicación, esto es, a decidir, respetando la necesaria congruencia con lo solicitado, qué contenidos de un convenio colectivo dejan de aplicarse y en qué medida, sin dictar en su sustitución norma alguna. Los artículos 22.3 y 24.4 del Real Decreto 1362/2012 dejan claro que, en el caso de que la inaplicación sea decidida por el órgano administrativo, directamente o por vía arbitral, la resolución administrativa o arbitral ha de limitarse a comprobar que se produce el supuesto de hecho de la norma y su relación causal y proporcionada con la inaplicación solicitada, de manera que puede conceder la misma íntegramente o “proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad”, aparte de especificar, dentro de los límites legales, la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo. El que la solicitud pueda ser estimada solamente de manera parcial, estableciendo límites, términos o condiciones, no afecta a la conclusión de que no tiene contenido normativo positivo (no contiene una regulación), como tampoco ocurría en el caso de los antiguos expedientes de regulación de empleo, en los que el acuerdo en periodo de consultas podía tener un contenido, en cuanto pacto colectivo, de mucha mayor riqueza que el propio de la resolución autorizatoria de la Autoridad Laboral a falta de acuerdo en el periodo de consultas, aún cuando ésta pudiera incorporar también límites y condiciones.”** (Negrita del que suscribe)

los artículos 92.2 ET y disposición adicional séptima del mismo cuerpo legal, resultando excepcional y supletorio el procedimiento del 82.3 párr. 8º ET al igual que el establecido en aquéllos <sup>1333</sup>. Del mismo modo, se apunta también para descartar la inconstitucionalidad el hecho de que el supuesto enjuiciado se aparta claramente del declarado inconstitucional en la Sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional, al no presentar ni la decisión ni el laudo contenido normativo alguno, limitándose el órgano decisor a excepcionar la aplicación del convenio, sin excluir el deber de negociación colectiva ulterior sobre la materia ni obstar al ejercicio del derecho reconocido en el art. 28.2 CE <sup>1334</sup>.

En lo que se refiere a la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial, nuevamente la Sala descarta la pretendida inconstitucionalidad a la vista de la posibilidad de control judicial pleno sobre la decisión o el laudo, control en el que no se admiten restricciones a las alegaciones y defensas de los recurrentes discrepantes con la decisión <sup>1335</sup>.

Con estos contundentes precedentes en la doctrina judicial, el debate se zanja de manera definitiva tras recientes Sentencias dictadas por el Pleno del Tribunal Constitucional en las que se declara el pleno ajuste constitucional de la previsión contenida en el art. 82.3 párr. 8º ET.

---

<sup>1333</sup> F.J. 11º in fine de la de la Sentencia de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso número 356/2013, Ponente Rafael López Parada: *"Hay que llamar la atención finalmente sobre el hecho de que **la potestad normativa de la Administración Laboral para regular condiciones de trabajo para ámbitos sectoriales concretos no ha desaparecido en nuestro ordenamiento jurídico** después de la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores de 1980, quedando residuos normativos, por ejemplo, en la extensión de los convenios colectivos ( artículo 92.2 del Estatuto de los Trabajadores ), o en el caso de ultima ratio de la disposición adicional séptima del Estatuto de los Trabajadores . **Lo característico en estos casos es que se trata de procedimientos excepcionales y supletorios en cuanto, por un lado, existe la necesidad de cubrir un vacío regulatorio y, por otro, la negociación colectiva ha fracasado o no tiene posibilidades de llenar tal vacío. En el caso del artículo 82.3 ambos requisitos se cumplen** y el acto administrativo no tiene propiamente naturaleza normativa en sentido positivo (no establece condiciones de trabajo), sino solamente en sentido negativo, al dejar sin efecto una norma convencional vigente de forma limitada y parcial. Lo que resulta novedoso es que el ámbito de la resolución administrativa sea una empresa concreta e individualizada, lo que podría plantear problemas en algunos casos, incluso desde el punto de vista del principio de igualdad ante la Ley, especialmente cuando el descuelgue se produzca desde un convenio sectorial. Pero de ello no se extrae necesariamente un vicio de inconstitucionalidad de la norma en abstracto, independientemente de lo que pudiera resolverse en casos concretos."* (Negrita del que suscribe)

<sup>1334</sup> F.J. 12º in fine de la de la Sentencia de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso número 356/2013, Ponente Rafael López Parada

<sup>1335</sup> F.J. 12º in fine de la de la Sentencia de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso número 356/2013, Ponente Rafael López Parada: *"Como ya dijimos en la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2013 , procedimiento 339/2013, **el control judicial, en estos casos, debe ser pleno, siendo posible que la Sala enjuicie su ilegalidad, lesividad o la existencia de vicios procedimentales. Desde esta interpretación, no existe lesión del artículo 24 de la Constitución , pues no se admiten restricciones a las alegaciones y defensas de los recurrentes discrepantes con la decisión.** Y la exigencia, establecida por el legislador, del agotamiento de un cauce específico antes de acudir a los Tribunales, no es contraria a la Constitución, como ha declarado el Tribunal Constitucional, "ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y de otro, porque son trámites proporcionados y justificados ya que su fin no es otro que procurar la solución extraprocesal de controversias" -( sentencia del Tribunal Constitucional 217/1991 )."* (Negrita del que suscribe)

Tanto desde la perspectiva de la inexistencia de vulneración del derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical, como desde la del derecho a la tutela judicial efectiva <sup>1336</sup>.

A la hora de enjuiciar la constitucionalidad de la medida <sup>1337</sup>, el máximo intérprete constitucional comienza su argumentación exponiendo lo que considera las líneas fundamentales de la doctrina constitucional en relación con el derecho a la negociación colectiva. Entre otras, el papel activo del legislador en la configuración del derecho, -con la consiguiente posibilidad de establecer limitaciones que escapen al poder de disposición de la partes negociadoras- <sup>1338</sup>. La habilitación de la Ley ex art. 53 CE para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título Primero de la CE <sup>1339</sup>, -resultando constitucionalmente admisible limitar el alcance de la intervención de la negociación colectiva sobre determinados aspectos o materias- <sup>1340</sup>. La necesidad de una justificación razonable y proporcionada para que la posible exclusión de aquél derecho a la negociación colectiva resulte constitucionalmente legítima en atención a la preservación de

---

<sup>1336</sup> Sentencia nº 119/2014, de 16 de julio, F.J. 5º, en recurso de inconstitucionalidad 5603/2012, Ponente Andrés Ollero Tassara, B.O.E. nº 198, de 15 de agosto de 2014 y Sentencia nº 8/2015, de 22 de enero de 2015, en recurso de inconstitucionalidad 5610/2012, Ponente Encarnación Roca Trías, B.O.E. nº 47, de 24 de febrero de 2015, igualmente en su F.J. 5º, en el que se reproducen los argumentos de la primera en relación a la nexustencia de vulneración del derecho del art. 37 CE o del art. 24 CE..

<sup>1337</sup> No sólo la del descuelgue ex art. 14 uno Ley 3/2012, también la extensión del período de prueba a un año en el contrato de apoyo a los emprendedores ex art. 4 Ley 3/2012 así como la preferencia aplicativa del convenio de empresa ex art. 14. Tres Ley 3/2012.

<sup>1338</sup> p. 30 *in fine* de la Sentencia nº 119/2014: *“Asimismo, también el art. 37.1 CE ordena a “la ley” garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral y la fuerza vinculante de los convenios; es pues el legislador el encargado de cumplir un papel activo en la concreción y desarrollo de este derecho, pudiendo establecer limitaciones que “escapan al poder de disposición de las partes negociadoras” (STC 136/1987, de 22 de julio, FJ 5; o STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 3).”*

<sup>1339</sup> En este sentido, no existe duda de que el derecho a la negociación colectiva es un derecho constitucional pero de configuración legal, por cuanto que la remisión que se establece en el art. 37.1 CE en el sentido de que la Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva permite un amplio margen al legislador en la configuración legal del mismo siempre que se respete el contenido esencial del derecho, no reconociéndose por tanto en términos absolutos. Es doctrina constitucional la de que el art. 53 CE *“permite que el legislador regule las «condiciones de ejercicio» de los derechos fundamentales, siendo preciso que tales procedimientos y formalismos no sean arbitrarios, tengan por objeto proteger bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que no sean tan rígidos o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio del deber”*, - Sentencia del Tribunal Constitucional número 332/1994 en relación al derecho de huelga y el sometimiento de su ejercicio en la norma a determinadas formalidades-. **Lo fundamental a estos efectos vendría determinado por el respeto del contenido esencial del derecho, de manera tal que con esa regulación no se estuviera sometiendo a limitaciones que lo hicieran impracticable, lo dificultaran más allá de lo razonable o lo despojaran de la necesaria protección, entendiéndose superado el denominado test de proporcionalidad en los casos en los que la medida respondiera al triple control de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.**

<sup>1340</sup> p. 31 de la Sentencia nº 119/2014: *“No está de más recordar, en fin, que en virtud del art. 53.1 CE es también la “ley” la habilitada para regular el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución, entre los que se encuentran los citados. Por todo ello, a partir de los anteriores presupuestos, resulta constitucionalmente admisible que, en la regulación de la relación laboral, el legislador pueda limitar el alcance de la intervención de la negociación colectiva sobre determinados aspectos o materias.”*

otros derechos y bienes constitucionales<sup>1341</sup>. La inexistencia de una reserva de regulación a favor de la autonomía colectiva en términos tales que conlleve el desapoderamiento normativo del Estado para la regulación de las condiciones laborales con el consiguiente monopolio normativo de la autonomía colectiva en materia laboral<sup>1342</sup>. O la indiscutible superioridad jerárquica de la ley sobre el convenio colectivo. En éste último sentido, abundando en esta interpretación, el Alto Tribunal recuerda la doctrina que tempranamente puso de manifiesto que *“La consagración constitucional de la autonomía colectiva en su vertiente de autonomía negocial (art 37.1 CE) en modo alguno ha llevado aparejada la atribución a los grupos sociales organizados de un monopolio normativo en materia laboral. Estado y representantes de los trabajadores y empresarios concurren en la tarea de ordenar las relaciones laborales, individuales y colectivas, desempeñando cada uno sus cometidos constitucionales en modo tal, que ni la intervención del Estado convierta la negociación colectiva en un mero reflejo de la ley ni la autonomía negocial, de su lado, pretenda monopolizar el gobierno y gestión de las relaciones sociales que el ordenamiento laboral acota”*<sup>1343</sup>.

Volviendo sobre la sentencia, y ya en relación con la concreta impugnación de la medida, partiendo de estas premisas, el Tribunal rechaza la afirmación del recurrente en relación con la existencia de un pretendido e inexistente hipotético *“modelo constitucional”* de relaciones laborales que la Constitución no diseña<sup>1344</sup>. En consecuencia, se descarta la existencia de un

---

<sup>1341</sup> p. 32 de la Sentencia nº 119/2014: *“para que dicha exclusión resulte constitucionalmente legítima es necesario que goce de una justificación razonable y proporcionada en atención a la preservación de otros derechos y bienes constitucionales.”*

<sup>1342</sup> p. 31 de la Sentencia nº 119/2014: *“Ha de tenerse en cuenta que la consagración constitucional del derecho a la negociación colectiva no conlleva el desapoderamiento normativo del Estado para regular las relaciones laborales; la Constitución no ha dispuesto una reserva de regulación en favor de la autonomía colectiva que le otorgue el monopolio normativo en materia laboral. En tal sentido, este Tribunal ya ha rechazado la idea de que el art. 37.1 CE consagre el derecho a la negociación colectiva en términos tales que ningún otro instrumento pueda suplirla a la hora de alcanzar la normativa laboral (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 24). Por el contrario, y como también hemos puesto de relieve (ATC 217/1984, de 4 de abril, FJ 3), el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva –y su engarce, en su caso, con el derecho a la libertad sindical– “no significa que el convenio colectivo resultado del ejercicio de tal derecho se convierta en fuente única de las condiciones de trabajo o excluya el legítimo ejercicio de su actividad por los restantes poderes normativos constitucionalmente reconocidos”, entre los que, evidentemente, se encuentra el legislador. En esa eventual concurrencia, resulta indiscutible la superioridad jerárquica de la ley sobre el convenio colectivo (art. 9.3 CE), razón por la que “éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario por aquélla” (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FJ 2).”*

<sup>1343</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, págs. 81 y 82.

<sup>1344</sup> En este sentido llama la atención que, a pesar de la contundencia de la resolución y del significativo consenso en el fallo de la Sentencia 119/2014, a fecha de hoy existe un sector que continúa manteniendo la existencia de un modelo constitucional de negociación colectiva en contra del criterio máximo intérprete constitucional, diferenciando entre “modelo legal” y “modelo constitucional” e identificando éste rechazado modelo constitucional con el contenido esencial del derecho, CORREA CARRASCO, M.: “Los límites de la intervención legal en la configuración del modelo de negociación colectiva (Consideraciones en torno a la STC de 16 de julio de 2014)”, *Revista Relaciones Laborales*, nº 11, Sección Doctrina, año 30, tomo 1, sigue voto particular a la Sentencia ver cita 36. El argumento es claramente opuesto al mantenido de manera reiterada por el propio Tribunal Constitucional desde tempranas resoluciones, por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional número 11/1981, F.J. 7º: *“la*

modelo cerrado de negociación colectiva en la medida que el art. 37 CE se limita a reconocer el derecho, -cuya garantía encomienda al legislador-, a señalar quiénes son sus titulares, -los representantes de los trabajadores- y a establecer su eficacia, -la fuerza vinculante de los convenios-<sup>1345</sup>.

En esencia, dado el “carácter abierto” de la Constitución, que responde a una “naturaleza esencialmente política”<sup>1346</sup>, modelo en materia laboral lo “suficientemente abierto y flexible como para poder ir reformándose con el paso del tiempo, tanto para adaptarse a las transformaciones sociales y económicas que se han ido produciendo, como para amoldarse a los cambios de mayorías políticas presentes en cada período concreto”<sup>1347</sup>, el Tribunal constitucional defiende en su resolución que legislador puede establecer restricciones a la fuerza vinculante en aras a la protección o preservación de otros derechos<sup>1348</sup>, -en lo que

---

*Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo”.*

<sup>1345</sup> P. 35 y 36 de la Sentencia nº 119/2014: “A) Para dar adecuada respuesta a la controversia planteada conviene comenzar recordando que la argumentación del recurso parte, en efecto, del presupuesto de entender que la reforma introducida por la Ley 3/2012 constituye en algunos aspectos una ruptura con lo que el recurrente considera como “modelo constitucional de relaciones laborales”. Debe, sin embargo, advertirse que el pluralismo político, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), permite contemplar en el marco de la Constitución diversas soluciones legales sobre el régimen jurídico de las relaciones laborales [STC 6/1984, de 24 de enero, FJ 4 D)], pues “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7). La argumentación del Parlamento recurrente contra la reforma introducida por la Ley 3/2012 descansa en la insostenible presunción de la existencia de “un hipotético modelo constitucional de relaciones laborales, que la Constitución no diseña, aunque establece las premisas desde las cuales, tanto el legislador como la actuación de las partes sociales, permitan configurar, de forma dinámica, cambiante y abierta, un sistema de relaciones laborales, de los varios que serían compatibles con el orden constitucional” (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FJ 2). Por ello, sería erróneo afirmar que cuando el art. 37.1 CE establece que “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”, el constituyente se ha decantado por un determinado modelo de negociación colectiva al que quedaría sujeto el legislador (estatal, ex art. 149.1.7 CE), que no podría considerar otras opciones políticas en la regulación de la negociación colectiva. La Constitución, como ya se dijo, no contiene un “modelo” cerrado de relaciones laborales ni, en particular, de ninguno de los elementos del derecho a la negociación colectiva; se limita en su art. 37.1 a reconocer el derecho, cuya garantía encomienda al legislador, a señalar quiénes son sus titulares (los representantes de los trabajadores y empresarios) y a establecer la eficacia del resultado de la actividad negocial (fuerza vinculante de los convenios). El legislador dispone, en consecuencia, de un amplio margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva, aunque esa libertad no sea absoluta.”

<sup>1346</sup> A propósito del “carácter abierto” de la Constitución y de su singularidad morfológica, que “responde a una naturaleza esencialmente política y se adecúa a su finalidad principal que no es otra que delimitar un ámbito para la libre acción política”, ver PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La interpretación de la Constitución”, pendiente de publicación, p. 3 a 5, con citas de ALZAGA VILLAAMIL, O.: Derecho Político Español según la Constitución de 1978, Ed. Ramón Areces, 4ª Ed, Madrid, p. 151 y a JIMÉNEZ CAMPO, J.: “Interpretación de la Constitución”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, p. 3687.

<sup>1347</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Políticas laborales: el modelo de relaciones laborales en España (I)”, en AA.VV. *Políticas Sociolaborales*, CARDONA RUBERT, Mª. B. y CABEZA PEREIRO, J., Civitas, 1ª Edición, Pamplona, 2014, p. 106.

<sup>1348</sup> P. 36 in fine y p. 37 de la Sentencia nº 119/2014: “Al legislador le corresponde cumplir un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho a la negociación colectiva, dando efectividad y apoyo al proceso de negociación y a su resultado (STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 3), sin perjuicio de que

constituiría sin duda una estricta aplicación de la técnica de la ponderación de derechos para resolver conflictos entre principios y/o derechos constitucionales como principio interpretativo<sup>1349</sup>-. Eso sí, debiendo para el Alto Tribunal preverse en la propia ley o en los convenios el sistema de modificación convencional<sup>1350</sup>.

Siendo así, la institución de la inaplicación de condiciones pactadas en convenios colectivos constituye una excepción a la fuerza vinculante del convenio que responde a una finalidad constitucionalmente legítima, posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas en la empresa ante el riesgo de que el mantenimiento de esas condiciones pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa. Y con ello, el empleo, cuya protección se encomienda expresamente al legislador como principio rector de la política social y económica ex art. 40 CE<sup>1351</sup>. Resaltando el Tribunal que no es la primera vez que el legislador opta por atribuir al órgano tripartito la facultad de decidir ante la falta de acuerdo de las partes en materia de negociación colectiva<sup>1352</sup>.

---

*asimismo el legislador pueda establecer restricciones a la fuerza vinculante de los convenios colectivos en aras a la protección o preservación de otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 24), del mismo modo que puede excluir determinadas materias de la negociación colectiva y establecer la sujeción de la negociación colectiva a las normas legales imperativas. Como ya se dijo, el convenio colectivo ha de respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario en la Ley; esta puede incluso afectar legítimamente a los convenios colectivos vigentes a su entrada en vigor, sin que por ello resulte vulnerado el principio de seguridad jurídica (por todas, SSTC 58/1985, FJ 3; 177/1988, FJ 4; 210/1990, FJ 2; y 62/2001, FJ 3)."*

<sup>1349</sup> Al respecto de la aplicabilidad de la técnica de la ponderación de derechos, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "La interpretación de la Constitución", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 169, año 2014.

<sup>1350</sup> P. 37 de la Sentencia nº 119/2014: "En relación con la fuerza vinculante del convenio este Tribunal ha declarado asimismo (por todas STC 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4) que el empresario unilateralmente o en concierto con los trabajadores individualmente considerados podrá incidir en la disciplina de las relaciones laborales. No podrá, sin embargo, hacerlo frente al derecho a la negociación colectiva, lo que incluye el respeto al resultado alcanzado en el correspondiente procedimiento de negociación y a su fuerza vinculante, así como la sujeción a los procedimientos de modificación convencional establecidos. No bastará contar con la aceptación de los trabajadores individuales, pues se quebraría la fuerza vinculante del convenio colectivo. Esto no significa que los convenios colectivos petrifiquen o hagan inalterables las condiciones de trabajo en ellos pactadas; se ven sometidas siempre a las fluctuaciones técnicas, organizativas, productivas o de cualquier otro orden que surgen por el paso del tiempo en las relaciones laborales, como en general en todas las relaciones jurídicas. Debe ser en la ley o en los propios convenios colectivos donde se establezca el sistema para su modificación o denuncia."

<sup>1351</sup> P. 38 de la Sentencia nº 119/2014: "La regulación contenida en el art. 82.3 LET constituye, pues, una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados en el título III LET; en su virtud es posible pretender tanto la inaplicación de un convenio de empresa como la de un convenio sectorial. La norma responde a una finalidad constitucionalmente legítima; pretende posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas que concurran en una empresa después de la aprobación del convenio, ante el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y, con ello, el empleo, cuya protección constituye un deber de los poderes públicos (art. 40 CE)."

<sup>1352</sup> P. 40 : "Esta cuestionada previsión no constituye la primera ocasión en que el legislador opta por atribuir a la CCNCC la posibilidad de intervenir, mediante decisión vinculante, en un supuesto de falta de acuerdo de las partes en la negociación colectiva. Ya en la Ley 11/1994, de 19 de mayo, se reconoció a la CCNCC la facultad de someter a arbitraje obligatorio la controversia surgida cuando las partes

En este punto, y antes de continuar con el análisis de la resolución, resulta conveniente recordar la doctrina constitucional al respecto de la imposición de arbitrajes obligatorios establecidos en la norma siempre que se preserven las debidas garantías para asegurar la imparcialidad del árbitro dada la autonomía organizativa y funcional que asegura su independencia <sup>1353</sup>. O la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se ha concluido la idoneidad de arbitrajes decididos en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en sustitución de ordenanzas laborales <sup>1354</sup>. Del mismo modo, la jurisprudencia en relación con la imparcialidad del nombramiento de árbitros de determinados órganos tripartitos<sup>1355</sup>, no habiendo sido ni mucho menos excepcionales los supuestos de laudos

---

*legitimadas para la negociación colectiva no llegaran a un acuerdo mediante el que eliminar los defectos de cobertura de regulación derivados de la derogación, por entonces, de las Ordenanzas de Trabajo (disposición transitoria sexta en la vigente LET). Esta norma no fue objeto de impugnación ante este Tribunal. Ahora, en cambio, la sumisión a decisión o arbitraje del art. 82.3 LET sí ha sido cuestionada en el presente recurso de inconstitucionalidad, de ahí que, a fin de dar respuesta a las alegaciones de los recurrentes, debamos valorar su adecuación a los preceptos constitucionales invocados –arts. 37.1 y 28.1 CE y art. 24.1 CE–.*

<sup>1353</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.: “La novedosa y polémica función arbitral de la comisión consultiva nacional de convenios colectivos”, Lex Nova, Portal Jurídico, Thomson Reuters, [www.portaljuridico.lexnova.es](http://www.portaljuridico.lexnova.es), 3 de octubre de 2012.

<sup>1354</sup> El Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala de lo Social de 19 de octubre de 1998 en recurso de casación 1469/1997, Ponente Luis Ramón Martínez Garrido, declaró plenamente ajustada a la norma constitucional la previsión del arbitraje ante la falta de acuerdo para la sustitución de ordenanza laboral prevista en la Disposición transitoria sexta del ET por los motivos de la necesidad de poner fin al lento proceso de derogación de aquéllas, por la constatación del vacío de regulación y por la necesidad de cobertura de ése vacío una vez fracasadas las negociaciones, F.J. 2º: “**Este conjunto de circunstancias, de carácter excepcional, legitiman este arbitraje, pues recuérdese que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1.981 proscribía el arbitraje obligatorio establecido en el artículo 25 b) del Real Decreto Ley de 4 de marzo de 1.977 por no concurrir los elementos justificativos de la restricción que al derecho de negociación pueden establecerse sin afectar al contenido constitucional del artículo 37 de la Constitución.** En el caso de los laudos como el enjuiciado en el presente supuesto - amparados en el mandato de la Disposición Transitoria Sexta del Estatuto de los Trabajadores- resulta patente la existencia de esos elementos justificativos de la restricción del derecho de negociación colectiva. **Derecho que, como todos, ha de tener unos límites racionales**” (Negrita del que suscribe)

<sup>1355</sup> Al respecto de la tacha de parcialidad objetiva de árbitro Presidente en funciones del Consejo Económico y Social, nos referimos al criterio sentado en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Sección 4ª, de fecha 11 de mayo de 2004 , en recurso 518/2001, Ponente Antonio Martí García, en el sentido de que ni el nombramiento queda a discreción del Ministerio de Trabajo ni se encuentra jerárquicamente adscrito a éste: “*Esto supuesto, descartar este motivo es sencillo, pues ni el nombramiento del Presidente del Consejo Económico y Social queda a la discreción del Ministro de Trabajo, ni ese órgano está jerárquicamente subordinado al Ministerio de Trabajo. La regulación que le dedica la Ley 21/1991 pone de relieve lo uno y lo otro y ofrece un marco de referencia distinto del contemplado por la Sentencia de esta Sala de 2 de julio de 1985. Así, formalmente, la propuesta de nombramiento del Presidente la canaliza el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, conjuntamente con el de Economía y Hacienda, y lo efectúa el Gobierno, previa consulta a los grupos de representación que integran el Consejo. Ahora bien, la decisión sobre la persona que ha de recibirlo no está en manos del Ejecutivo desde el momento en que ha de contar con el apoyo de, al menos, dos tercios de los miembros del Consejo. Miembros que si bien nombra el Gobierno son designados a partes iguales por sindicatos y organizaciones empresariales en número de veinte cada grupo, designándose otros veinte del siguiente modo: tres por las organizaciones profesionales implantadas en el sector agrario; tres por las organizaciones de productores pesqueros implantadas en el sector marítimo-pesquero, cuatro por el Consejo de Consumidores y Usuarios; cuatro por las asociaciones de cooperativas*



arbitrales obligatorios plenamente regulatorios en cuanto que establecían las condiciones de trabajo en un determinado ámbito <sup>1356</sup>, laudos dictados en su condición de árbitro imparcial por el Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos <sup>1357</sup>. Por no

---

*y sociedades laborales y, finalmente, seis expertos por el Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministros de Trabajo y Seguridad Social y de Economía y Hacienda, previa consulta a las organizaciones representadas en el Consejo, entre personas con una especial preparación y reconocida experiencia en el ámbito socio-económico y laboral. Y, en cuanto a la posición del Consejo Económico y Social, hay que decir que en modo alguno se halla jerárquicamente subordinado al Ministerio de Trabajo. El Consejo es un órgano consultivo, instituido como instancia de representación de intereses y fines, de participación de los agentes sociales y de concertación. Precisamente, para facilitar el cumplimiento de su labor el legislador le ha dotado de un estatuto de autonomía organizativa y funcional que asegura su independencia de criterio. Todo cuanto se acaba de decir resulta de la exposición de motivos y de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 21/1991.”* En parecidos términos, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 7 de diciembre de 2005, en recurso 2087/2003, Ponente Antonio Martí García, F.J. 7º, desestimando pretensión de falta de neutralidad objetiva y subjetiva a propósito de laudo dictado por Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en sustitución de derogada ordenanza laboral.

<sup>1356</sup> Determinada doctrina entiende el ajuste constitucional de estos laudos sobre la premisa de que se trataba de sustituir Ordenanzas que no tenían la consideración de convenios colectivos sino de norma estatal, por todos, CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTROYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 395, siguiendo criterio de CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*. nº 57, enero-marzo, año 2012. P. 243. Con independencia del origen de la ordenanza, no es discutible que a través del laudo se establecía por un tercero ajeno a las partes con legitimidad negocial una regulación de las condiciones de trabajo aplicables en un determinado ámbito.

<sup>1357</sup> Por ejemplo, entre otros, laudo de 11 de marzo de 1996 dictado por D. Fernando Valdés Dal-Ré en su condición de Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos por el que se establecen las disposiciones reguladoras de la estructura profesional, promoción profesional y económica de los trabajadores, estructura salarial y código de conducta en el sector de la minería de carbón, BOE de 24 de abril de 1996. O el laudo de fecha 12 de marzo de 1996 dictado por D. Fernando Valdés Dal-Ré en su condición de Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos por el que se establecen las disposiciones reguladoras de la estructura profesional, promoción profesional y económica de los trabajadores, estructura salarial y régimen de faltas y sanciones del personal de las Compañías de Trabajos Aéreos, publicado en el BOE de 23 de abril de 1996 mediante Resolución de 28 de marzo de 1996, de la Dirección General de Trabajo. O el laudo arbitral de fecha 29 de marzo de 1996 dictado por D. Fernando Valdés Dal-Ré en su condición de Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el conflicto derivado del proceso de sustitución negociada de la Ordenanza de Trabajo para las Industrias de Alimentación de 8 de julio de 1975 publicado en el BOE de 4 de junio de 1996 mediante Resolución de la Dirección General de Trabajo de 9 de mayo de 1996. O el laudo arbitral de 29 de marzo de 1996, dictado por D. Fernando Valdés Dal-Ré en su condición de Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el conflicto derivado del proceso de sustitución negociada de la derogada Ordenanza Laboral para las Industrias Vinícolas, Alcoholeras, Licoreras y Sidreras de 11 de junio de 1971, BOE de 28 de mayo de 1996. O el laudo arbitral de fecha 3 de abril de 1996 en el conflicto derivado del proceso de sustitución negociada de la derogada Reglamentación de trabajo para establecimientos balnearios de fecha 3 de junio de 1949 dictado por D. Fernando Valdés Dal-Ré en su condición de Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y publicado en el BOE de 24 de mayo de 1996. O el laudo de 29 de junio de 1996, dictado por D. Fernando Valdés Dal-Ré en su condición de Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el conflicto derivado del proceso de sustitución negociada de la derogada Ordenanza Laboral para las Empresas de Transporte por Carretera de 20 de marzo de 1971, BOE de 24 de agosto de 1996.

hablar de la posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico laboral de otro tipo de decisiones unilaterales de la Administración en materia de negociación colectiva, actuaciones arbitrales calificadas por el Tribunal Constitucional en cuanto a su naturaleza jurídica como “actuaciones administrativas reglamentarias”<sup>1358</sup>: actos de extensión de convenios, o reglamentos de necesidad. En aquél momento, y a propósito de esta actuación administrativa en materia de negociación colectiva, la doctrina apuntaba como criterio habilitante para la justificación de la actuación de la administración la situación de emergencia por el déficit de la autonomía negocial o por la concurrencia de especiales circunstancias sociales o económicas<sup>1359</sup>, circunstancias éstas que, salvando las evidentes diferencias, parecen en esencia extensibles al supuesto que nos ocupa.

Retomando el análisis de la resolución del Tribunal Constitucional, desde la perspectiva del art. 37 CE, y por extensión del art. 28 CE, el Pleno del Tribunal reitera su consolidada doctrina<sup>1360</sup> en el sentido de que el derecho a la negociación colectiva, como cualquier otro derecho, no es absoluto, pudiendo presentar excepciones siempre que la limitación se encuentre justificada<sup>1361</sup>. En consecuencia, la clave se reside en si la restricción del derecho constitucional responde a una finalidad legítima, en aras de salvaguardar otros bienes y derechos constitucionales, y si supera los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad.

---

<sup>1358</sup> Como “*actuación administrativa reglamentaria*” se calificó la actuación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en materia de extensión de convenios en doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha 17/1986, de 4 de febrero, a propósito de conflicto de competencia 224/1984 promovido por el Gobierno Vasco contra el Real Decreto 2976/1983, de 9 de noviembre por el que se regulaban las funciones de consulta preceptiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en materia de extensión de convenios colectivos ex art. 92 ET: F.J. 3º: “*La cuestión de la naturaleza jurídica del acuerdo administrativo por el que se decide la extensión de un convenio colectivo a sujetos diferentes de aquellos que lo han celebrado, es tema escasamente analizado y de difícil solución, aunque la mayor parte de la doctrina de nuestro país parece inclinarse a su consideración como **actuación administrativa de carácter reglamentario**. Así, se ha dicho que el acto de extensión no es, él mismo, un convenio colectivo en sentido propio, sino que tiene la naturaleza propia de una norma estatal que asume y hace suyo el contenido de un convenio. El acto de extensión es un reglamento administrativo, cuyo contenido queda integrado per relationem a través de las disposiciones establecidas en el convenio.*” (Negrita del que suscribe)

<sup>1359</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, número 26, mayo-agosto 1989, p. 87.

<sup>1360</sup> Alude expresamente a la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, Ponente Luis Díez-Picazo y Ponce de León, F.J. 24º.

<sup>1361</sup> p. 40 *in fine* y p. 41: “El art. 37.1 CE remite a “la ley” la función de garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral y la fuerza vinculante de los convenios. Asimismo, como cualquier otro derecho constitucional, el reconocido en el art. 37.1 CE no tiene carácter absoluto, sino que puede quedar sujeto a limitaciones. Como ya puso de relieve la STC 11/1981, de 8 de abril, precisamente en un supuesto en que también se enjuiciaba una norma que imponía un arbitraje obligatorio ante conflictos planteados para modificar las condiciones de trabajo –singularmente, por el fracaso de las negociaciones del convenio colectivo–, el derecho a la negociación colectiva, de forma similar al principio de autonomía en el Derecho privado, puede “presentar excepciones, siempre que la limitación...se encuentre justificada”. Señalaba, en orden a la eventual admisión del arbitraje obligatorio, que tal justificación “puede hallarse en el daño que el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él deriven, puede irrogar a los intereses generales” (FFJJ 19 y 24).”

En este sentido, en cuanto a la finalidad, en el propósito de facilitar la viabilidad empresarial y de evitar el recurso a medidas extintivas, el Constitucional establece un diálogo entre el derecho constitucional al trabajo ex art. 35.1 CE y los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad, art. 38 CE, y de realizar una política orientada al pleno empleo, art. 40.1 CE, considerando desde esta perspectiva la medida como plenamente justificada, especialmente en el ámbito de los descuelgues de convenios sectoriales <sup>1362</sup>: *“Son, pues, intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo, los que permiten concluir que la intervención decisoria o arbitral diseñada en el art. 82.3 LET goza de justificación legítima.”*-.

De este modo, el Alto Tribunal conecta la defensa de la productividad con la viabilidad empresarial y, por ende, con la defensa del empleo.

A nuestro juicio, el máximo intérprete constitucional no hace sino aplicar el criterio hermenéutico del principio de *“unidad de la Constitución”*, a tenor del cual cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás de acuerdo con una interpretación sistemática <sup>1363</sup>. No siendo, ni mucho menos, la primera vez que el Tribunal establece ése diálogo entre el derecho reconocido en el art. 38 de la CE y otros derechos o principios igualmente protegibles, incluso tratándose de derechos fundamentales. Por ejemplo, libertad de información frente a libertad de empresa <sup>1364</sup>. Por ejemplo, derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones frente a libertad de empresa <sup>1365</sup>.

---

<sup>1362</sup> P. 41 y 42 : *“De este modo, al posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias adversas que concurren en una empresa, sobrevenidas después de la aprobación del convenio, el propósito perseguido por el legislador con la medida cuestionada ha sido facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo; esto constituye una finalidad constitucionalmente legítima, atendidos el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad (art. 38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE), ante la necesidad de afrontar el problema de la grave situación del desempleo en España a la que ya antes se ha hecho alusión. Por tal razón, este Tribunal considera que la intervención de la CCNCC prevista por el art. 82.3 LET resulta constitucionalmente justificada, como la propia medida de inaplicación del convenio colectivo en las materias tasadas; dispone, como presupuesto del mantenimiento de la empresa, la adopción de un mecanismo legal que permita la adaptación de las condiciones de trabajo a las concretas circunstancias de productividad, competitividad y viabilidad empresariales que sobrevengan, ante el riesgo de que el mantenimiento de las condiciones laborales pactadas pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa, afectando a los puestos de trabajo, y consiguientemente al gasto público por desempleo”*

<sup>1363</sup> A propósito de este principio como técnica de interpretación constitucional, variante del canon de interpretación sistemática de la Constitución, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *“La interpretación de la Constitución”*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *“La interpretación de la Constitución”*, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 169, año 2014, p. 12 y 13 del citado artículo, refiriendo argumentación jurídica, entre otras, en el F.J. 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 154/2006.

<sup>1364</sup> En relación con el conflicto entre el derecho a la libertad de información y el de libertad de empresa, entre otras, Sentencia número 126/2003, de 30 de junio de 2003, F.J. 7º: *La relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7). Por ello, la capital importancia del ejercicio de la*

Desde esta perspectiva, no compartimos el argumento crítico que se mantiene en el voto particular de la sentencia en el sentido de que el Tribunal ha elevado a la categoría de deber público la defensa de la productividad en un *“expediente retórico carente de solvencia constitucional”*<sup>1366</sup>. Es más, a mayor abundamiento, el propio Tribunal Supremo ha ponderado

---

*libertad de información no puede llevarnos a desconocer el límite que para dicha libertad supone el debido respeto a los intereses derivados de la libertad de empresa, que también es objeto de garantía constitucional. Llegados a este punto, se hace necesario tener presente que la exigencia de ponderación entre ambos derechos - libertad de información y libertad de empresa- no se traduce sino en la máxima de que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegidos. Debe, en suma, procederse a una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos, lo que exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del supuesto concreto.”.*

<sup>1365</sup> En relación al conflicto entre los derechos del trabajador a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el derecho a la libertad de empresa, entre otras, en Sentencia número 179/2013, de 7 de octubre de 2013, F.J. 3º: *“La controversia a resolver versa, por tanto, sobre la necesaria delimitación de bienes e intereses de relevancia constitucional en el marco de las relaciones laborales: los derechos del trabajador a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (arts. 18.1 y 18.3 CE) y el poder de dirección del empresario. Este, como hemos señalado en otros pronunciamientos, es imprescindible para la buena marcha de la organización productiva —reflejo de los derechos proclamados en los arts. 33 y 38 CE— y se reconoce expresamente en el art. 20 LET; en su apartado 3 se atribuye al empresario la facultad de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; y 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 4). Centrado pues el conflicto en el ámbito de las relaciones laborales, conviene empezar recordando que, según ha tenido ocasión de reiterar este Tribunal, “el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada” (STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2). Partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco, como dijimos en la STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 4, que la inserción en la organización laboral modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva; reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE). En aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los razonables requerimientos de la organización productiva en que se integra, se ha afirmado que “manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral” (STC 126/2003, de 30 de junio, FJ 7). En el mismo sentido, hemos indicado que “la relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él” (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7).*

<sup>1366</sup> Según el voto particular a la Sentencia que comentamos, el art. 38 CE se refiere a las reglas de ordenación del mercado, -libertad de iniciativa empresarial e igualdad en las condiciones en las que se desarrolla la actividad-, pero no puede afectar a las fuentes de la relación laboral *“por lo que su decisiva utilización en el proceso argumental de la sentencia contrasta con el hecho de constituir un “expediente retórico carente de solvencia constitucional”*. Siguiendo este razonamiento, CORREA CARRASCO, M.: *“Los límites de la intervención legal en la configuración del modelo de negociación colectiva (Consideraciones en torno a la STC de 16 de julio de 2014)”*, *Revista Relaciones Laborales*, nº 11, Sección Doctrina, año 30, tomo 1, noviembre 2014, Editorial La Ley, entiende que *“De ahí que el canon de constitucionalidad que debe aplicarse a las reformas legales no debe basarse en una hipotética “ponderación de los intereses constitucionales en conflicto y de sus respectivos sacrificios”, verificando si se superan o no “las requeridas exigencias de proporcionalidad, en aras de preservar los bienes constitucionales protegidos en los arts. 35.1, 38 y 40.1 CE (STC de 16 de julio de 2014), sino la*

en ocasiones el derecho fundamental a la huelga del art. 28.2 CE con el derecho a la libertad de empresa que se reconoce en el art. 38 CE <sup>1367</sup>, por ejemplo. En este sentido, como se ha puesto de manifiesto desde autorizados sectores doctrinales, la libertad de empresa tiene una trascendencia innegable para el diseño de un concreto modelo normativo con el que afrontar las situaciones de crisis en la empresas <sup>1368</sup>; de este modo, el ordenamiento debe proporcionar mecanismos eficaces para hacer efectiva la libertad de empresa, entre otros, sistemas operativos que hagan posible incidir sobre las condiciones de trabajo, o sobre el volumen de empleo, *“mecanismos que pasarán a formar parte de la llamada gestión operativa de la empresa que es lo que constituye, quizás, el auténtico contenido de la libertad de empresa”* pues *“no sería constitucionalmente admisible un régimen laboral que impidiese la adecuación de los recursos humanos a las necesidades del programa empresarial”*. Y precisamente uno de estos mecanismos para dar contenido al derecho reconocido en el art. 38 CE es el de la institución de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo ex art. 82.3 ET. En este sentido, el Derecho del Trabajo cumple una doble función que, *“aún siendo comntradictoria en principio, pretende ser también complementaria como dos caras de una misma moneda: la función tuteladora del trabajador y la función protectora de la productividad empresarial”*, principios orientadores de la tutela de los intereses empresariales que encuentran fundamento directo en el art. 38 CE y que necesariamente se incorpora al diseño del modelo de relaciones laborales <sup>1369</sup>.

---

*proporcionalidad de la limitación en relación con el contenido esencial del derecho reconocido en el art. 37.1 CE (En este sentido, V.P. a la STC de 16 de julio de 2014)”. A nuestro juicio, y más allá de no compartir la alegación en el sentido la falta de solvencia constitucional del derecho a la libertad de empresa, no hay mejor prueba del pleno respeto del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva que el de que la intervención sea subsidiaria y de último grado y plenamente bloqueable por las propias partes en uso de su autonomía colectiva ex art. 85.3 c) ET de cumplir de manera efectiva el mandato legal.*

<sup>1367</sup> Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 5 de diciembre de 2012, en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 265/2011, Ponente Jordi Agustí Juliá, F.J. 3º: *“3. A juicio de la Sala, la solución de la cuestión controvertida requiere una ponderación adecuada del alcance de dos derechos constitucionales en presencia, como lo son, el derecho fundamental de huelga consagrado en el artículo 28.2 CE que, por su ubicación en la Sección 1ª del Capítulo II, debe considerarse prevalente, y la libertad de empresa que se reconoce en el artículo 38 CE, ubicado en la Sección 2ª de dicho Capítulo II; ...”*

<sup>1368</sup> BLASCO PELLICER, A: “Políticas sociolaborales en torno al contrato de trabajo”, en AA.VV. *Políticas Sociolaborales*, CARDONA RUBERT, Mª. B. y CABEZA PEREIRO, J., Civitas, 1ª Edición, Pamplona, 2014, p. 237.

<sup>1369</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Políticas laborales: el modelo de relaciones laborales en España (I)”, en AA.VV. *Políticas Sociolaborales*, CARDONA RUBERT, Mª. B. y CABEZA PEREIRO, J., Civitas, 1ª Edición, Pamplona, 2014, p. 119 y 120: *“Lo más importante desde la perspectiva de estas líneas de descripción del modelo constitucional de relaciones laborales es que tales principios orientadores de tutela de los intereses empresariales encuentran un fundamento directo en el texto constitucional. En efecto, el reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, junto con el mandato dirigido a los poderes públicos en orden a garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad resultan claves a estos efectos (art. 38 CE). Tales previsiones no se sitúan en ámbitos exclusivos del diseño de las políticas económicas y mercantiles, sino que **necesariamente se incorporan al diseño del propio sistema de relaciones laborales, que debe por fuerza tener en cuenta tales mandatos constitucionales**”*. (Negrita del que suscribe)

A partir de ahí, respondiendo para el Alto Tribunal la medida a una finalidad legítima, cual es la defensa de la productividad y el mantenimiento del empleo <sup>1370</sup>, restaría por analizar la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida, atendiendo para ello al régimen jurídico de la institución.

Y en este debate de la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida, la regulación legal expresamente somete la figura de la inaplicación a la existencia de determinados límites, circunstancias y garantías. Entre otros, la exigencia de la constatación de límites causales para decidir sobre la inaplicación <sup>1371</sup>. La inaplicación restringida a determinadas materias <sup>1372</sup>. La duración temporal del descuelgue <sup>1373</sup>. El carácter subsidiario y de último grado de la

---

<sup>1370</sup> Entre nuestra mejor doctrina, existen autores que entienden igualmente apelar al derecho reconocido en el art. 38 CE como fundamento de la medida del descuelgue, en este sentido, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimosegunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 2013, p. 379: *“Este principio de prioridad aplicativa al convenio o acuerdo de empresa encuentra un sólido fundamento en la protección de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad (art. 38.1 CE), que favorece el reconocimiento de preferencia a la negociación colectiva de empresa en las materias nucleares de la gestión de personal”*. Anteriormente, CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E.: *¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?*, *Relaciones Laborales*, 1997, Tomo I, pág. 34: *“En este marco global en que ha de moverse la evaluación, la existencia de supuestos concretos, legalmente autorizados, y justificados por causas de salvaguardia de las necesidades económicas y organizativas de la empresa (que pueden conectarse con el derecho consagrado en el art. 38 CE) en que el empleador puede alterar lo dispuesto en convenios no amparados por el máximo de fuerza legal, no alcanza la gravedad suficiente como para sostener que es el sistema entero de negociación el que entra en crisis. El carácter puntual y ciertamente garantista frente a abusos en el ejercicio de las facultades empresariales que reviste esta posibilidad de modificación es, parece, salvaguardia suficiente del propio sistema –y de la legitimidad de sus excepciones-, pues ayuda a perfilar la figura como una matización a las reglas generales”*

<sup>1371</sup> P. 43: *“En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que la posibilidad de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo, que constituye el objeto de la intervención decisoria o arbitral controvertida, está sujeta a límites causales; únicamente se autoriza cuando en la empresa concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos definidos por el propio precepto legal. Se trata de supuestos en que o bien los resultados empresariales reflejan una situación económica negativa (pérdidas, disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas...), o bien se producen cambios en los medios o instrumentos de producción, en los sistemas y métodos de trabajo del personal, el modo de organizar la producción, o en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. La aplicación de la medida controvertida requiere, por tanto, la presencia de las circunstancias justificativas indicadas, todas ellas estrechamente vinculadas a la viabilidad y competitividad de la entidad empresarial. Consecuencia adicional de ello es que, en los convenios colectivos sectoriales, desde la perspectiva de su eficacia personal, la inaplicación que en su caso decida la CCNCC u órgano autonómico correspondiente queda exclusivamente limitada a las empresas concretas en que, individualmente, existan tales causas y haya mediado la correspondiente solicitud; se mantiene inalterada la fuerza vinculante del convenio en el resto de empresas que queden dentro de su ámbito de aplicación.”*

<sup>1372</sup> P. 44: *“En segundo término, es importante destacar que la inaplicación para la que se solicita la decisión o laudo arbitral no se permite en bloque sobre todo el convenio colectivo; está sometida a restricciones materiales, pues únicamente se habilita para las concretas materias delimitadas en el art. 82.3 LET: en concreto, jornada de trabajo; horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración y cuantía salarial; sistema de trabajo y rendimiento; funciones; y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Por tanto, la limitación que experimenta la fuerza vinculante del convenio no alcanza a todas las condiciones de trabajo o materias pactadas en el convenio colectivo, sino que, por el contrario, se ciñe estrictamente a las tasadas por el precepto legal”*

<sup>1373</sup> p. 44: *“Como tercer aspecto a valorar cabe señalar que la eventual inaplicación del convenio colectivo resultante de la intervención decisoria o arbitral se halla también sujeta a límites temporales.*

intervención y bloqueable <sup>1374</sup>, otorgando inicial preferencia a la autonomía colectiva para la resolución del conflicto. El carácter colegiado y la composición tripartita y paritaria del órgano, adscrito al Ministerio pero con independencia funcional y autonomía plenas. O el sistema de adopción de los acuerdos, preferentemente por consenso y, subsidiariamente, de no ser posible, por mayoría absoluta de los miembros de la comisión o del pleno. En este sentido, la posición de la Administración pública nunca tendrá alcance decisorio por sí sola, pues siempre será necesario el apoyo de parte de los representantes de los agentes sociales en la Comisión para adoptar la decisión que proceda. Por último, se señala igualmente el control judicial amplio de la decisión o del laudo.

Sobre estas premisas, tras la pertinente ponderación de intereses en conflicto y de sus respectivos sacrificios, el Tribunal Constitucional concluye en el sentido de que se trata de *“una medida razonable, que supera las requeridas exigencias de proporcionalidad, en aras de preservar los bienes constitucionales protegidos en los arts. 35.1, 38 y 40.1 CE.”*, invocando nuevamente el derecho al trabajo, a la defensa de la productividad y el principio rector de la política social y económica del pleno empleo.

Sentada la constitucionalidad de la intervención del órgano tripartito o del árbitro desde la perspectiva de la inexistente vulneración del derecho a la negociación colectiva, el Tribunal resuelve a continuación sobre la pretendida infracción del derecho a la tutela judicial efectiva planteada en el recurso.

Partiendo de la afirmación mantenida en la doctrina constitucional en el sentido de que el arbitraje obligatorio no resulta conforme a este derecho cuando el control judicial sobre el mismo se limita a las cuestiones formales o externas y no a las de fondo, resultando compatible en el caso contrario de control extensible a los aspectos de fondo <sup>1375</sup>, el Tribunal concluye expresamente a favor de esta segunda posibilidad del control judicial pleno por ende plenamente compatible con el art. 24 CE <sup>1376</sup>: *“En definitiva, interpretado el precepto en el*

---

*Como ya hemos avanzado, el art. 82.3 LET atribuye a la decisión de la Comisión la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas, respecto a los que se indica que su duración no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa afectada. Establecido este tope, la normativa reglamentaria ha precisado que la decisión o laudo arbitral determinarán la específica duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo (arts. 22 y 24 del Real Decreto 1362/2012). La decisión arbitral de inaplicación tiene, pues, una eficacia temporal limitada, cediendo en todo caso ante un nuevo fruto de la autonomía colectiva aplicable en la empresa.”*

<sup>1374</sup> P. 45: *“Como cuarta consideración resulta fundamental destacar el carácter subsidiario con que la inaplicación del convenio por decisión de la CCNCC (o de los órganos autonómicos correspondientes, en su caso) se contempla por el art. 82.3 LET; sólo se admite para el supuesto de que fracasen los sucesivos cauces que con carácter previo y preceptivo deben seguir el empresario y los representantes de los trabajadores para resolver la discrepancia por ellos mismos o por los medios de autocomposición fijados mediante la autonomía colectiva.”*

<sup>1375</sup> p. 51: *“De acuerdo con nuestra doctrina, el arbitraje obligatorio no resulta conforme al derecho a la tutela judicial efectiva cuando el control judicial sobre el laudo previsto en la ley se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto sometido a la decisión arbitral (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3; 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Hemos de entender, en cambio, que el arbitraje obligatorio sí resulta compatible con el derecho reconocido en el art. 24.1 CE cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión.”*

<sup>1376</sup> P. 51 in fine y p. 52: *“En consecuencia, el conjunto de estas previsiones permite concluir que el art. 82.3 ET, párrafo octavo, somete expresamente la decisión arbitral de la CCNCC o del órgano autonómico*

*sentido de que cabe un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral de la CCNCC u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, acotado a los aspectos jurídicos propios del conocimiento de la jurisdicción, incluido el control sobre la concurrencia de las causas y la adecuación a ellas de las medidas adoptadas, hemos de descartar que el párrafo octavo del art. 82.3 LET, en la redacción dada por el art. 14.uno de la Ley 3/2012, resulte contrario al derecho a la tutela judicial reconocido en el art. 24.1 CE. Esta interpretación de conformidad se llevará al fallo.”*

Poco más queda por añadir después de examinar los términos en los que de manera unánime se manifiesta primero la doctrina judicial ordinaria, después, la jurisprudencia constitucional.

Simplemente manifestar que, en esta ponderación de derechos y principios constitucionales en conflicto, en la que el descuelgue se configura como “válvula de seguridad” para el mantenimiento de puestos de trabajo y como cauce alternativo a la extinción del contrato por razones empresariales <sup>1377</sup>, entendemos que el Tribunal Constitucional acierta plenamente al amparar la constitucionalidad de la decisión o del laudo en cuanto instrumento último para la defensa de los intereses públicos frente a los intereses particulares de las partes en conflicto

<sup>1378</sup> .

---

*correspondiente a un control judicial que no se limita a aspectos externos o procedimentales; se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, pues más allá del enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral, así como de la valoración sobre el carácter ultra vires de la resolución emitida, la revisión por parte de los órganos judiciales alcanza también a impugnaciones fundadas, no sólo en motivos de lesividad a terceros, sino también de ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a esta última causa.”*

<sup>1377</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012 (estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, P. 126: “nos encontramos ante una pieza esencial del diseño de nuestra negociación colectiva; mediante esta especie de válvula de seguridad se habría querido compensar la eficacia general y el carácter sectorial de buena parte de los convenios colectivos, a fin de evitar que la presión retributiva o de otros costes fuese tan elevada como para provocar graves perjuicios a las empresas”. En ésta línea, excepción a la eficacia general del convenio, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC”, Jornada técnica de la CCNCC “Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET”, Madrid 18 de junio de 2014, p. 2.

<sup>1378</sup> El establecimiento de arbitrajes aún en conflictos de interés limitados a situaciones excepcionales en las que se deba primar a los intereses colectivos frente a los individuales es una posibilidad defendida por autorizada doctrina desde tiempo atrás: RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: “Conciliación, mediación y arbitraje en el ámbito laboral”, en *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, 1995, pág. 20, “Pero cuando los conflictos son conflictos de intereses, de creación de una regla, el arbitraje laboral incide directamente en la autonomía colectiva y en el derecho de huelga. Por eso el arbitraje de intereses ocupa un papel más marginal en los sistemas maduros de relaciones laborales, salvo cuando ése arbitraje es voluntario, cuando es un instrumento alternativo, pero no eliminador de la negociación colectiva, ni del derecho de huelga. O salvo cuando existen circunstancias extraordinarias que justifican la imposición de un arbitraje obligatorio como instrumento último de defensa de los intereses públicos prevalentes, frente a los intereses particulares de las partes en conflicto, como nuestro Tribunal Constitucional ha justificado también en casos de huelga...”



En este sentido, en un contexto en el que no es posible marginar la racionalidad económica de la negociación colectiva <sup>1379</sup>, no hay duda a nuestro juicio de que la medida supera ampliamente el triple control de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida, sobre todo teniendo en cuenta el alcance subsidiario y de último grado de la intervención, así como la posibilidad de bloqueo a través de la propia autonomía colectiva.

A mayor abundamiento, no está de más apuntar para concluir que, contrariamente a lo que se viene manifestando desde determinados sectores doctrinales, siendo cierto que nuestro Tribunal Constitucional parte de la regla general de que el arbitraje debe ser voluntario, de la lectura de la jurisprudencia constitucional en modo alguno se deduce la imposibilidad de establecimiento de arbitrajes obligatorios en determinadas y excepcionales circunstancias <sup>1380</sup>. No pudiendo deducirse de aquélla resolución una doctrina constitucional en el sentido de que, en todo caso, un arbitraje obligatorio sería contrario al derecho a la negociación colectiva.

Como expresamente ha señalado el Tribunal Supremo precisamente a propósito de arbitrajes obligatorios con posible incidencia en el derecho a la negociación colectiva, el derecho del art. 37 CE, como todos, ha de tener unos límites racionales <sup>1381</sup>. Y en este sentido, el máximo intérprete constitucional ya había concluido que *“resultaría paradójico que existiera una bolsa de absoluta y total autonomía dentro de una organización, como el Estado, que, por definición, determina para sus súbditos un factor heteronómico”*-.

Como se ha puesto de manifiesto, *“esta sentencia ha servido para hacer derivar la afirmación, mantenida durante décadas, de la inconstitucionalidad de un arbitraje obligatorio en supuestos de fracasos negociales, o más generalmente de los arbitrajes obligatorios impuestos por la Ley, cuando sin embargo esto no es lo pronunciado expresamente por el TC.”* <sup>1382</sup>.

---

<sup>1379</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012 p. 31 y ss. *“La constatación de que las relaciones económicas y la nueva dinámica empresarial condicionan fuertemente la dimensión jurídico-política del Derecho del Trabajo no es producto de las últimas reformas y no debería instalarnos en la percepción melancólica de que “un paradigma iuslaboralista, una metodología de la acción jurídica alternativa al formalismo del derecho civil está hoy en vías de extinción”*”.

<sup>1380</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTROYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 369 y 370: *“Desde luego la jurisprudencia constitucional no cierra por completo el paso al arbitraje obligatorio, ya que la declaración de su inconstitucionalidad se apoyó en dos tipos de consideraciones, a saber: el carácter administrativo de la intervención y la inexistencia de fundamento suficiente para justificar el sacrificio del derecho constitucional”*

<sup>1381</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 19 de octubre de 1998, en recurso de casación 1469/1997, Ponente Luis Ramón Martínez Garrido, F.J. 2º.

<sup>1382</sup> GARRIDO PEREZ, E.: “Negociación colectiva y sistemas de solución de conflictos”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 337, expresa lo siguiente a modo de reflexión final: *“Por ello, y en tanto que es una resolución expresada en un determinado contexto legal e histórico determinado, seguir afirmando, como se ha venido haciendo desde entonces, la inconstitucionalidad de un arbitraje obligatorio en supuestos de fracaso negocial, es una declaración que debe ponerse, cuanto menos, en cuestión.”* ... *“Por ello, considerando el tiempo transcurrido, los cambios normativos acaecidos y especialmente el grado de madurez y consolidación que han alcanzado los sistemas autónomos de solución de conflictos en nuestro*

En todo caso, como hemos apuntado a la hora de referirnos a las características del modelo propuesto, el control judicial amplio de la decisión o del laudo conlleva a nuestro juicio que no nos encontremos ante un arbitraje en el sentido estricto jurídico del término en cuanto equivalente jurisdiccional, **sino más bien ante una intervención de naturaleza pseudoarbitral** de un tercero ajeno en principio a las partes en conflicto en la que, como también hemos apuntado, la necesidad de suscripción del compromiso arbitral previo queda hasta el extremo matizada a la vista de las amplias posibilidades de control “de salida” de la decisión o del laudo.

---

*sistema de relaciones laborales, **resultaría sencillamente incoherente seguir sustentando la misma afirmación y con ello mantener que el TC en dicha sentencia cerró por una vez y definitivamente la puerta de la constitucionalidad a todo planteamiento normativo que a partir de entonces pudiera incluir el sometimiento obligatorio a un arbitraje en supuestos de fracasos negociales.***” (Negrita del que suscribe). En esta línea, se ha destacado el escaso desarrollo de la institución del arbitraje en materia laboral precisamente desde la perspectiva de una interpretación en exceso rigorista del criterio sentado por el máximo intérprete constitucional a propósito de aquella resolución: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, en VV.AA, *La reforma del mercado de trabajo. La Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Ed. Lex Nova

## CAPÍTULO VI.- EL ACUERDO DE INAPLICACIÓN DE CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO

### 1.- EFICACIA JURÍDICA Y EFICACIA PERSONAL DEL ACUERDO DE INAPLICACIÓN O DECISIÓN SUSTITUTIVA

Al hablar de la eficacia jurídica del acuerdo de descuelgue, o de la decisión sustitutiva en su caso, nos referimos al “*valor objetivo*” que estos acuerdos o decisiones poseen sobre los contratos de trabajo, a cómo se aplican las condiciones pactadas en aquéllos sobre estos. Al referirnos a la eficacia personal, lo hacemos a la cuestión relativa a los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación del acuerdo o decisión sustitutiva <sup>1383</sup>.

En este sentido, en una primera aproximación, habiendo asimilado previamente al acuerdo de descuelgue y a la decisión sustitutiva con el convenio colectivo en lo que se refiere a su naturaleza jurídica, nuestra conclusión no puede ser sino la de otorgarle la misma eficacia jurídica normativa y alcance personal general que la del convenio colectivo que inaplica <sup>1384</sup>.

#### 1.1.- Eficacia jurídica del acuerdo de descuelgue o decisión sustitutiva

Si nos referimos en concreto a la eficacia jurídica del acuerdo de descuelgue, o de la decisión sustitutiva, existen no obstante argumentos suficientes más allá del de la propia asimilación al convenio colectivo estatutario en lo concerniente a su naturaleza jurídica para otorgarle la misma eficacia jurídica que la del producto de la autonomía colectiva que, excepcional y temporalmente, inaplica.

Así, en primer lugar, el acuerdo de descuelgue se configura en la norma como un instrumento de disponibilidad colectiva del propio convenio por el que de manera temporal se establece un régimen normativo alternativo al de aquél en la materia objeto de descuelgue, régimen jurídico que de esta manera no va a ser ni subsidiario, ni complementario, ni suplementario de el del convenio colectivo inaplicado.

En este sentido, el acuerdo de descuelgue se va a diferenciar claramente del resto de acuerdos de empresa “subsidiarios” o “de regulación” tipificados a lo largo del articulado del Estatuto

---

<sup>1383</sup> MERCADER UGUINA, J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 5ª Edición, tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 101: la eficacia jurídica “*atiende al valor objetivo (normativo o no) que el acuerdo resultante posee para los contratos de trabajo por él afectados; remite, de este modo, a cómo se aplican las condiciones de trabajo fijadas en el pacto a los contratos de trabajo y qué relaciones existen entre los acuerdos y los actos provenientes de la autonomía individual*”, la eficacia personal, “*reenvía al conjunto de sujetos que quedan incluidos dentro de su ámbito de aplicación, remitiendo, por ende, a quienes se integran subjetivamente en su círculo de aplicación*”.

<sup>1384</sup> Algunos autores entienden que la eficacia jurídica del convenio se adapta a su función VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La eficacia jurídica de los convenios colectivos”, *Temas Laborales*, nº 76/2004, pág. 49, 53 y 54: “*la satisfacción por el convenio colectivo de una pluralidad de funciones ha de tener correlato en el plano de sus efectos*”... “*No hay una sola y única eficacia jurídica del convenio; la eficacia se acomoda a la función*”. No obstante, creemos que en el acuerdo descuelgue la cuestión se simplifica dado que cumple una indiscutible función reguladora.

<sup>1385</sup>. Más aún de los que la jurisprudencia califica como pactos o acuerdos informales de empresa, como ya hemos concluido al referirnos a la naturaleza jurídica de la institución <sup>1386</sup>.

Y a estos efectos, lo mismo sucede en el supuesto de la decisión sustitutiva pues, pese a no encontrarnos ante un mecanismo autónomo de disponibilidad colectiva del convenio, igualmente la decisión establece aún por la vía heterónoma un régimen alternativo al del convenio en la materia objeto de inaplicación.

En consecuencia, a los efectos de su eficacia jurídica, resulta decisivo que tanto acuerdo de descuelgue como decisión sustitutiva van a sustituir íntegramente al convenio colectivo en la concreta materia objeto de la inaplicación <sup>1387</sup>. De ahí que se haya venido manteniendo que esta “disponibilidad “colectiva del convenio no podría efectuarse sino desde instrumentos que estuvieran dotados de la misma eficacia que la del propio convenio <sup>1388</sup>. Si va a sustituir al propio convenio colectivo, resultaría incongruente limitar su eficacia a la meramente contractual cuando viene a reemplazar y excepcionar a un instrumento jurídico de carácter normativo <sup>1389</sup>.

---

<sup>1385</sup> Pero incluso, a mayor abundamiento, a propósito de los acuerdos de empresa previstos tras Ley 11/1994, un importante sector de la doctrina concluía mayoritariamente en el sentido de asimilar su eficacia jurídica a la del convenio, esto es, normativa y personal general, VALDÉS DAL-RE, F.: “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, págs. 290 y 291: “Los acuerdos de empresa han de entenderse asimilados a todos los efectos a la categoría de convenios estatutarios y, por lo mismo, se encuentran dotados de sus atributos jurídicos. La diferencia entre los acuerdos de empresa y los convenios de empresa no estriba ni en su distinta eficacia jurídica, en ambos casos normativa, ni en su diversa eficacia personal, también en ambos casos erga omnes; reside en los contenidos convenidos...”. En igual sentido, asimilando acuerdo de empresa a convenio estatutario, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, en AA.VV. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (Coordinadores: VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.), Madrid (La Ley, Monografías), 1.994, pág. 130. Por ello, por su eficacia jurídica normativa y personal general PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, 1996 interpretó que la expresión “pactos o acuerdos colectivos” del art. 41 ET que podían modificarse unilateralmente por el empresario por la vía de la modificación sustancial no alcanzaba a los acuerdos subsidiarios o de regulación previstos a lo largo del articulado del ET en una interpretación calificada por el autor como “ecléctica”.

<sup>1386</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 30: “Estos acuerdos NO encajan en lo que la jurisprudencia califica como acuerdos o pactos informales de empresa, por cuanto su expresión de negociación colectiva es la que posibilita que disponga del contenido del convenio estatutario y establezca un régimen normativo distinto (aunque temporal)”.

<sup>1387</sup> De ahí que se concluya que precisamente por su objeto destinado a la adaptación de alguna de las cláusulas normativas del convenio, su eficacia como norma resulte más evidente aún sin cabe, MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 32ª edición, Madrid, 2011, p. 162.

<sup>1388</sup> CASAS BAAMONDE, Mª E.: ¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?, *Relaciones Laborales*, 1997, T. I

<sup>1389</sup> A propósito del anterior acuerdo de descuelgue salarial, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial”, *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 126. En el mismo sentido, POQUET

Desde esta perspectiva, dada la dificultad en aceptar modificaciones de convenio colectivo llevadas a cabo por un instrumento al que no se le reconociera el mismo carácter normativo del convenio temporalmente desplazado, la única forma de salvar la diferencia de rango entre el convenio modificado y el acuerdo que lo modifica *“no puede ser otra que presumir que la Ley atribuye a estos particulares acuerdos una eficacia constitutiva igual que la reconocida al convenio colectivo de eficacia general, en el sentido de que se trata de convenios sobre materias concretas”* <sup>1390</sup>. De este modo, aun no siendo un convenio colectivo propiamente dicho, se le van a atribuir sus mismos efectos <sup>1391</sup>, esencialmente porque se constituye en fuente de la relación laboral en la concreta materia objeto de la inaplicación, al igual que el convenio inaplicado.

En segundo término, nos encontramos ante un acuerdo colectivo de empresa o una decisión sustitutiva no sólo tipificados, sino que a partir de la reforma del 2012 encuentran encaje sistemático en el Título III del ET dedicado a la negociación colectiva estatutaria, tal y como ya hemos manifestado al hablar de la naturaleza jurídica.

En este sentido, no por casualidad, el legislador opta por su regulación en el precepto dedicado precisamente a la eficacia del convenio colectivo estatutario, concretamente en el artículo 82 del ET. Si como hemos señalado, su regulación en el Título III del ET sirve como *“puerta de entrada”* al acuerdo de descuelgue para insertarlo en el *“cuadro de honor”* de las fuentes de la relación laboral junto al convenio colectivo en el apartado b) del art. 3.1 b) del ET <sup>1392</sup>, desde esta perspectiva, su eficacia jurídica debe corresponderse igualmente con la del convenio colectivo, eficacia que para la mayoría de la doctrina se identificaría con la normativa <sup>1393</sup>.

---

CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 12

<sup>1390</sup> GALIANA MORENO, J.Mª: “La eficacia de los convenios colectivos en el derecho español del trabajo”, *La eficacia de los convenios colectivos, XIII Congreso Nacional de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Murcia 17 y 18 de mayo de 2002, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Informes y Estudios, Subdirección General de Publicaciones, Madrid 2003, p. 115. La cita lo era a propósito de las anteriores redacciones de los arts. 41.2 3º y 82.3 ET hasta RD Ley 10/2010, pero resulta plenamente aplicable con la redacción actual a estos efectos.

<sup>1391</sup> GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 97.

<sup>1392</sup> Idea que ya se propugnaba para los acuerdos de empresa de regulación por GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, p. 265 y ss.

<sup>1393</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.: “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, en dir. ALARCÓN, M.; DEL REY GUANTER, S., *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 64-72, califica de norma jurídica a los *convenios colectivos* porque son reglas abstractas e innominadas que cumplen una función normativa. GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VALVERDE ASENCIO, A.: “La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa”, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, págs. 428, *“El convenio se constituye como una auténtica norma jurídica configuradora de derechos subjetivos y dotado de los caracteres de inmediatez, imperatividad e inderogabilidad relativa. Estamos ante una fuente de derecho, “con análoga fuerza imperativa que los preceptos legislativos”, debiendo ser respetado por los acuerdos de carácter contractual”*. GALIANA MORENO, J.Mª: “La eficacia de los convenios colectivos en el derecho español del trabajo”, *La eficacia de los*

Sin poder entrar en este trabajo en un debate acerca de las diferentes teorías sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo, ya se entienda ésta como la eficacia jurídica propia de la

---

*convenios colectivos, XIII Congreso Nacional de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Murcia 17 y 18 de mayo de 2002, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Informes y Estudios, Subdirección General de Publicaciones, Madrid 2003, pág. 73: “la proclamación de la autonomía de los grupos profesionales supone reconocer a éstos naturaleza de órganos dotados de potestad normativa (y, por ello, fuentes del Derecho en sentido propio) y al producto de su autonomía negocial (el convenio colectivo de condiciones de trabajo) naturaleza asimismo de fuente traslativa del Ordenamiento Laboral”; “Configurado, así, el convenio como fuente del Derecho (fuente específica del Ordenamiento Laboral), parece que la determinación de cuál sea su eficacia no debe ofrecer ninguna duda. En cuanto fuente, el convenio es necesariamente una norma jurídica y, como tal, constituye un instrumento de producción de Derecho objetivo, que, una vez vigente, va automática e imperativamente a afectar a las concretas relaciones individuales de trabajo de sus destinatarios” p. 39. ROJAS MIÑO, I.: “La eficacia jurídica de los convenios colectivos”, en AA.VV, *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, (Coordinadores PÉREZ DE LOS COBOS, GOERLICH), Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 428 y 429: “El convenio constituye y tiene los efectos de una norma jurídica; así, el convenio se incorpora en el sistema de fuentes del Derecho y con ello, desde una perspectiva jurídica, cumple los objetivos del mismo, esto es, la aplicación automática e imperativa de sus cláusulas normativas en las relaciones de trabajo. O, como ha sido señalado, estas cláusulas son “verdadera y propiamente normas, que respecto de cada contrato o relación individual de trabajo juegan desde fuera, como derecho objetivo, impuesto a la voluntad de las partes de aquel contrato o relación”. MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. tecnos, 32ª edición, Madrid, 2011, pág. 155: “tiene un origen o fuente contractual y, al tiempo, está dotado de efectos normativos”, el convenio colectivo está revestido de otra eficacia, la normativa, “que tiene por fin el establecimiento de las condiciones a que han de someterse los contratos individuales. En tal sentido, el convenio colectivo vincula a los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, con independencia de quedar sometidos a las normas del convenio; De aquí el inconfundible carácter de norma de Derecho objetivo que éste posee, carácter que se acentúa cuando el convenio posee eficacia general o erga omnes”. CAMPS RUIZ, L.M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. (Coordinadores): *Derecho del Trabajo*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 80. CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Ed. Tecnos, 2012, p. 508: “Para nuestra jurisprudencia todo ello se traduce en lo que se califica como “eficacia normativa” del convenio, eficacia que viene a otorgar al convenio un auténtico status de norma jurídica, con lo que ello implica en todos los niveles. Así, las cláusulas de los convenios, salvo declaración expresa de su carácter dispositivo, se imponen obligatoriamente (imperatividad) sobre las relaciones individuales de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación, sin necesidad de declaración expresa en tal sentido, lo que se ha denominado también la automaticidad aplicativa del convenio sobre el contrato de trabajo. En estos términos, al convenio se le considera asimilable y equiparable a las normas estatales, siéndole aplicables los principios propios de estas últimas, tales como el principio de jerarquía, el de publicidad, modernidad o el principio iura novit curia”. MERCADER UGUINA, J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 5ª Edición, tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 100: “A la autonomía colectiva se le reconoce poder normativo en el ordenamiento estatal para la determinación de las condiciones de trabajo y empleo, así como para la ordenación de determinados aspectos del sistema de relaciones laborales; este poder normativo se ejercita a través de la negociación colectiva laboral y su fruto o resultado es el convenio colectivo de trabajo”. MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Dirección y coordinación): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo, Volumen I*, 2ª Edición, Pamplona 2012, pág. 79: El convenio colectivo, conforme al art. 37.1 CE y a los arts. 3.2 b), 82 y 87 ET “es fuente de derecho, tiene eficacia normativa y crea derechos y obligaciones entre las partes que lo conciertan, de modo que viene a constituir la norma más directa y específica que regula las relaciones existentes entre ellos”. VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Décima edición, Editorial Comares, Granada 2012, pág. 209: “El convenio colectivo es fuente de Derecho en sentido jurídico-positivo (fuente en sentido traslativo); ostenta una auténtica fuerza normativa frente a sus sujetos destinatarios distintos de las partes sociales contratantes en sentido jurídico”. OJEDA AVILÉS, A.: *Compendio de Derecho Sindical*, segunda edición, Editorial tecnos, Madrid 2012, p. 405: “La cualidad más universalmente compartida de los convenios se halla en el carácter normativo, en su virtualidad de ley material cogente, de donde se habla del efecto inderogable”.*

norma, ya se entienda como una eficacia real <sup>1394</sup>, no exenta esta última teoría de ciertas críticas <sup>1395</sup>, no parece discutible que la garantía constitucional de la fuerza vinculante del convenio ex art. 37.1 CE impone para el supuesto del acuerdo de descuelgue esa mayor vinculabilidad que conlleva el efecto automático, -a tenor del cual la regulación contenida en el acuerdo de descuelgue se aplica de manera inmediata sobre las relaciones individuales de trabajo -, y el efecto imperativo, -que impide su derogación por pactos individuales-.

Fuerza vinculante que para el Tribunal Constitucional, recordemos, en su versión primera y esencial, no es sino *“la atribución a los Convenios Colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales”* <sup>1396</sup>.

---

<sup>1394</sup> Exponentes de esta teoría de la *“eficacia real”*, VALDÉS DAL-RE, F.: *“La eficacia jurídica de los convenios colectivos”*, *Temas Laborales*, nº 76/2004, línea seguida por LAHERA FORTEZA, J: *Normas laborales y contratos colectivos*, Editorial Reus, 1ª Edición, Madrid 2008. Últimamente, NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *“La inadmisión por el Tribunal Constitucional de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el Real Decreto Ley 8/2010 por la rebaja de las retribuciones de los empleados públicos”*, *Aranzadi Social*, paraf. 60/2011 parte Presentación, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2011, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), p. 7 y 8: *“En efecto. Con ocasión de la reforma de la negociación colectiva ha vuelto a resurgir el debate de la eficacia de los convenios y el alcance de la fuerza vinculante constitucionalmente garantizada. Frente a la mayoritaria posición que considera que la fuerza vinculante a la que alude el art. 37.1 CE se refiere a la fuerza normativa de los convenios colectivos, cualquiera que sea su eficacia personal (SALA FRANCO, RIVERO LAMAS, RODRÍGUEZ SAÑUDO o CORREA CARRASCO), o la que apunta a una solución directamente contractualista (DURÁN LÓPEZ), recobra renovada fuerza la que mantiene que la fuerza vinculante de la que habla la Constitución no equivale a un reconocimiento explícito de la consideración del convenio colectivo como norma jurídica integrada en el sistema de fuentes sino simplemente a su eficacia «real», es decir, automática e inderogable, del pacto colectivo sobre las relaciones individuales de trabajo (VALDÉS DAL-RE, LAHERA FORTEZA), de modo que la CE no reconocería directamente la fuerza normativa porque para tal plus es imprescindible la intermediación legal (RODRIGUEZ-PIÑERO). De suerte que, ciertamente, a estas alturas de Constitución y de reformas legales en el sistema de negociación colectiva, se hubiera agradecido, cuando no exigido, mayor esfuerzo argumentativo del TC sobre el alcance y significado de la fuerza vinculante. Aunque fuera para recopilar de modo elaborado y más determinante, algunas de las ideas que han ido salpicando su doctrina sobre este complejo elemento.”*

<sup>1395</sup> Para MONEREO PÉREZ, J.L.: *“Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la Ciencia del Derecho”*, Estudio preliminar a GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Comares, Granada, 2000 la teoría de la eficacia real propugnada, supone crear un *“falso problema de técnica jurídica”* porque *“eficacia real o inderogable es lo mismo que eficacia normativa”*. En la misma línea, CORREA CARRASCO, M.: *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1996, p. 175, si bien a juicio de uno de sus defensores LAHERA FORTEZA, J: *Normas laborales y contratos colectivos*, Editorial Reus, 1ª Edición, Madrid 2008, p. 65, *“existen diferencias notorias entre atribuir estas mismas consecuencias jurídicas a una eficacia normativa o a una eficacia real”*

<sup>1396</sup> A propósito de la fuerza vinculante, Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 58, de 30 abril de 1985, F.J. 3º: *“De otra parte la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los Convenios Colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales. Por ello, resulta del todo ajeno a la configuración constitucional de la negociación colectiva la exigencia de una aceptación individual de lo pactado, con independencia de que la práctica, como sucede en ocasiones, haga aconsejable la participación de los propios afectados en la negociación colectiva a través de las fórmulas que los*

En este sentido, el acuerdo de descuelgue, al igual que el convenio colectivo, se encuentra revestido del “mínimo constitucional de vinculabilidad” que se identificaría con la más absoluta incompetencia de los sujetos individuales para modificar lo pactado en el plano colectivo<sup>1397</sup>. Lo mismo cabe predicar a estos efectos de la posible decisión sustitutiva.

Siendo así, no parece discutible que la eficacia jurídica predicable del acuerdo o de la decisión sustitutiva debe ser la normativa propia del convenio colectivo que inaplica. Primero, porque acuerdo de descuelgue, o decisión sustitutiva, van a crear en la materia concreta objeto de inaplicación derecho objetivo, encontrándose inserto en el sistema de fuentes de la relación laboral en la misma posición del convenio como exponente de la negociación colectiva ex art. 3.1 b) ET y regiendo el principio de jerarquía normativa en su aplicación<sup>1398</sup>. Segundo, porque la aplicación de las nuevas condiciones reguladas en el acuerdo de descuelgue a los trabajadores afectados se va a producir de manera imperativa y automática, sin necesidad de incorporación expresa o tácita a los distintos contratos individuales de trabajo, al regir el principio de automaticidad propio de las normas y del convenio colectivo. Tercero, porque no va a ser posible que un trabajador se aparte individualmente de lo acordado o decidido en el descuelgue, ni aún por acuerdo con el empresario, quedando éste último sometido al acuerdo de descuelgue o a la decisión del mismo modo en que se encuentra sometido a la regulación contenida en un convenio colectivo al regir el principio de imperatividad relativa, concretable en los de inderogabilidad singular y de irrenunciabilidad.

En todo caso, existen otros argumentos que nos permiten reforzar esta conclusión.

Así, en una interpretación finalista de la norma y congruente con la fuerza vinculante e intangibilidad del producto de la autonomía colectiva reconocido en el Título III del ET, sólo una lectura en la que se otorgara al acuerdo de descuelgue o a la decisión sustitutiva la eficacia jurídica normativa propia del convenio, blindaría al descuelgue frente a un posterior intento de revisión “*en cascada*” unilateral del empresario por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET<sup>1399</sup>. En este sentido, nuevamente el encaje de la

---

*negociadores decidan y sin que, en ningún caso, puedan considerarse como jurídicamente condicionantes del Convenio o se las pueda asignar efectos integrativos en lo que concierne a la eficacia propia del pacto.”* Planteando alguna duda al respecto, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, tirant lo Blanch, 2ª Edición, Valencia 2012, p. 104 : “*la jurisprudencia constitucional parece partir de que el convenio colectivo es norma jurídica, lo que deduce de la expresión constitucional “fuerza vinculante” y de su condición de fuente de regulación de las condiciones de trabajo*”, STS 151/1994, de 23 de mayo, STC 3672001, de 28 de marzo, o STS de 27 de diciembre de 2010. “*No obstante, seguramente no sea obligado identificar fuerza vinculante con norma jurídica.*”, p. 104.

<sup>1397</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>.F.: “El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral (II)”, *Actualidad Laboral* nº 6, 6-12 febrero 1995, pág. 110 a 112. Para la autora, si bien para la mayoría de la doctrina ese mínimo o eficacia coincidiría sustancialmente con lo que se conoce como eficacia normativa, no sería esta una conclusión segura.

<sup>1398</sup> MERCADER UGUINA, J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 5ª Edición, tirant lo Blanch, Valencia, 2012: Definición de Eficacia jurídica y eficacia personal de los actos derivados de la negociación colectiva, p. 101 a 103.

<sup>1399</sup> SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva”, en *Las reformas sobre el sistema de*



institución en el Título III del ET “protege” al acuerdo o a la decisión frente al poder unilateral modificador de condiciones contractuales del empresario<sup>1400</sup>. Interpretación ésta que, por otra parte, y a mayor abundamiento, ya se propugnaba para los supuestos de los acuerdos de empresa “subsidiarios” o de “regulación”<sup>1401</sup>, al entender una buena parte de la doctrina que se encontraban revestidos de la eficacia jurídica normativa y personal general propia del convenio dada la identidad de los sujetos negociadores y la finalidad supletoria de estos acuerdos<sup>1402</sup>.

Precisamente la eficacia jurídica normativa, y a salvo de pacto expreso en el propio acuerdo de descuelgue en este sentido, condicionaría un hipotético retorno automático a las condiciones originales del convenio aún en el supuesto de desaparecer los presupuestos legales habilitantes para el descuelgue, por ejemplo, recuperación de las condiciones económicas en la empresa. Cuestión distinta sería la de que los propios trabajadores pudieran solicitar el “recuelgue” por la vía del conflicto colectivo<sup>1403</sup>.

---

*negociación colectiva en España*, RAMOS QUINTANA, M<sup>a</sup>. I. (Dir.), GRAU PINEDA M<sup>a</sup>. (Coord.), Editorial Bonarzo, Albacete, 1<sup>a</sup> Edición, Diciembre 2013, p. 123

<sup>1400</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 115.

<sup>1401</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, 1996: a propósito de la expresión “acuerdo o pacto colectivo” del 41.2 ET, para el autor el legislador con esta expresión se referiría a los llamados “convenios extraestatutarios” y a los llamados “pactos informales de empresa”: “*Las condiciones de trabajo incorporadas a los llamados “pactos de empresa” serían, por consiguiente -así al menos cabe por exclusión deducirlo-, intocables para el poder modificador que el artículo 41 ET atribuye al empresario.*” con citas de SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 1994, pág. 194; A MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1995, pág. 666; A ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. Y SALA FRANCO, T.: “Los pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico”, *RRLL*, 1995, núm. 4, pág. 119; O a FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>, L.: “El papel del convenio colectivo como fuente del derecho tras la reforma de la legislación laboral”, *Actualidad Laboral*, 1995, pág. 97. En estos términos, “*Si lo que el legislador pretende al preverlos es, en efecto, “bilateralizar y hacer posible...el ejercicio de decisiones organizativas que han sido sustraídas a las sola voluntad del empresario, a través de fórmulas más intensas de participación de los representantes de los trabajadores en la dirección de la actividad empresarial (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “El papel del convenio colectivo como fuente del derecho tras la reforma de la legislación laboral”, Actualidad Laboral, 1995, nº 6, pág. 96), sería un contrasentido interpretar la institución remitiendo, a efectos de su modificación, al poder unilateral del empresario.*”, suponiendo la interpretación en contrario a juicio del autor una hipoteca para la proliferación de estos pactos.

<sup>1402</sup> En una lectura que a nuestro juicio, y como venimos apuntando a lo largo del presente trabajo, entendemos que debería ser la aplicable a fecha de hoy; no obstante, una vez más, la rigorista jurisprudencia del Supremo condiciona ésta interpretación. De ahí a nuestro juicio la necesidad de proceder a su revisión pues no nos parece lógica la posibilidad de revisión unilateral de productos de la autonomía colectiva estatutaria por mucho que no sean propiamente convenios colectivos, más cuando se prevé la cuarta y última fase en la gestión del desacuerdo.

<sup>1403</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 117: “*Lo que no parece que se desprenda automáticamente del precepto es que si, durante la vigencia del pacto de inaplicación, mejoran las condiciones de la empresa aquél quede sin efecto volviéndose a las originales. Otra cosa es, por supuesto, que una situación semejante pueda ser considerada alteración de las circunstancias a efectos de que los trabajadores puedan solicitar la recuperación de sus condiciones, apoyando su*

En este debate, entre los comentaristas de la reforma de manera prácticamente unánime se ha concluido a favor de la eficacia jurídica normativa y personal general propia del convenio colectivo que inaplica<sup>1404</sup>, aún cuando ésta última pueda resultar limitada al ámbito de la empresa o centros para los que se haya previsto, como analizaremos en el siguiente epígrafe<sup>1405</sup>. En este sentido, tratándose de un acuerdo con vocación normativa, destinado a predeterminar el contenido de los contratos de trabajo que caen bajo su ámbito de aplicación en derogación de la norma convencional, se impone a los contratos individuales y no podría ser modificado en sentido peyorativo ni por pactos individuales, ni por decisiones unilaterales

---

*pretensión incluso con medidas de conflicto*". En el mismo sentido, GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 93: la posibilidad de que los propios trabajadores requieran a la empresa para la reversión de lo pactado en el acuerdo de empresa se vea afectada por la propia regulación del 82.3 ET, por la "presunción" del acuerdo y el control judicial tasado: "*Desde este punto de vista, la vía más adecuada para obtener el recuelgue a las condiciones originales es la del conflicto colectivo; o bien, que los negociadores hayan recogido expresamente en el propio acuerdo la derogación del mismo por desaparición de las causas que los justifican (una reversión o recuelgue, en definitiva)*". Manteniendo una interpretación a favor del "recuelgue" automático, no lo compartimos, GUAMÁN, A. e ILLUECA, H.: *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo*. Madrid, Sequitur, 2012, p. 107.

<sup>1404</sup> MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: "Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012", Aranzadi Social núm. 9/2013 (informes), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2013\14, p. 8; GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 97: eficacia jurídica normativa "*un instrumento que determina una inaplicación (materialmente limitada) del mismo y la sustitución de dicha regulación inaplicada por otra diferente de carácter peyorativo, debe tener necesariamente, eficacia normativa... No obstante, el hecho de que el acuerdo de descuelgue pueda tener eficacia normativa no significa, en modo alguno, que estemos ante un convenio colectivo estatutario*"; MERCADER UGUINA, J.: "La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012. La empresa como nuevo centro de gravedad", en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 365; GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 115; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial", *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 126; POQUET CATALA, R.: "La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079; GALIANA MORENO, J.Mª: "La eficacia de los convenios colectivos en el derecho español del trabajo", *La eficacia de los convenios colectivos*, XIII Congreso Nacional de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Murcia 17 y 18 de mayo de 2002, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Informes y Estudios, Subdirección General de Publicaciones, Madrid 2003, p. 65. En la doctrina judicial, y a propósito del descuelgue salarial del art. 82.3 ET, Sentencia número 107/2012, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 17 de enero de 2012 (JUR 2012, 83023), Sevilla, en recurso núm. 13/2011, F.J. 2º, en la que se afirma el carácter normativo del acuerdo.

<sup>1405</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 115. "*Tienen eficacia jurídica normativa y personal de alcance general -aunque sólo en el ámbito de la empresa o centros para los que se haya previsto-*".

de la empresa, de ahí que se le revista de esta especial eficacia <sup>1406</sup>. En caso contrario, negar la eficacia jurídica normativa al acuerdo conllevaría aceptar la disponibilidad de una norma, el convenio, por un contrato <sup>1407</sup>.

No obstante, aún sin negar su eficacia *erga omnes*, existe alguna voz discrepante con la posición mayoritaria <sup>1408</sup>, negando al acuerdo de inaplicación la eficacia jurídica normativa propia del convenio colectivo estatutario con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a tenor de la cual sólo los convenios colectivos estatutarios, los productos de la autonomía colectiva “*en la más importante de sus manifestaciones*”, tienen valor normativo en nuestro ordenamiento laboral. En esta lectura del Supremo, todo acuerdo que no se hubiera tramitado por los cauces previstos por el legislador para el convenio estatutario que exige el Título III y que careciera de una parte del contenido mínimo del convenio colectivo prevenido en el art. 85.3 ET resultaría extraestatutario, no integrándose a juicio del Alto Tribunal el producto resultante del acuerdo colectivo en el sistema de fuentes del derecho recogido en el art. 3.1 b) del ET <sup>1409</sup>.

En todo caso, sin perjuicio de remitirnos al Capítulo dedicado a la naturaleza jurídica en el que se analiza dicha jurisprudencia, apuntar que el razonamiento del Supremo para los acuerdos o

---

<sup>1406</sup> POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 12.

<sup>1407</sup> FALGUERA BARÓ, M.A.: “El acuerdo en el período de consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 23: “*negar la eficacia normativa al pacto alcanzado conlleva la evidente sinrazón de que un “contrato” pueda disponer “in peius” de una norma*”

<sup>1408</sup> ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 60 a 62.

<sup>1409</sup> F.J. 4º Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de marzo de 2009 en recurso núm. 119/2008, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea, en la que se sigue criterio en su Sentencia de 3 de noviembre de 2008 en recurso 1/102/2007 respecto a la naturaleza y eficacia de los acuerdos de empresa que denomina como “informales”: “*Sin perjuicio del respeto que le merece la doctrina científica -- que por cierto no toda está de acuerdo con la tesis que sustenta el recurso como parece afirmarse en él -- esta Sala ha distinguido siempre entre los convenios colectivos estatutarios y los acuerdos o pactos informales de empresa. Y ha reconocido valor normativo, que es el que le otorga el carácter de fuente de la relación laboral, ex. art. 3.1.b ET, exclusivamente a los primeros (sentencias de 30 de enero de 2.003 (Rec. 1266/2001), 19 de enero de 2.003 (Rec. 2869/2002), 24 de mayo de 2.004 (Rec. 1631/2003) 20 de junio de 2.005 (Rec. 29/2004 ) y las que en ella se citan). Lo que no implica negar eficacia “erga omnes” a los acuerdos o pactos de empresa informales, pues como dijimos en la sentencia de 24 de mayo de 2.004 (Rec. 1631/2003 ) la ausencia de valor normativo “no impide que el acuerdo pueda tener una eficacia personal general a través del mecanismo específico de la representación laboral, como ocurre en los acuerdos que acaban de citarse, en los que los representantes de los trabajadores -- en la doble vía de la representación unitaria o de la sindical -- adoptan compromisos que vinculan a los trabajadores afectados, sin perjuicio de que éstos, como aquí sucede, puedan impugnarlos cuando los consideren contrarios a las normas legales o colectivas”. Con lo que dichos acuerdos informales, si bien pueden considerarse incluidos en el apartado c) del art. 3 ET, no tienen el carácter de fuente de la relación laboral por la vía de su apartado b), como pretenden los recurrentes. Desechada la naturaleza normativa del acuerdo informal de empresa que examinamos, es claro que no es posible aceptar tal conclusión. Pues como ha reiterado ésta Sala en las sentencias recién citadas, haciendo suya la doctrina constitucional que antes hemos resumido (fundamento octavo ), solo los convenios colectivos estatutarios, es decir los productos de la negociación colectiva “en la más importante de sus manifestaciones” en palabras del alto tribunal, tienen valor normativo en nuestro ordenamiento legal;*” (Negrita del que suscribe)

pactos de empresa “genéricos” a nuestro juicio no resulta aplicable al supuesto que nos ocupa. Entre otros motivos, desde el momento en que ha sido el propio legislador el que, en una opción de política legislativa plenamente ajustada al mandato constitucional, ha decidido modular la eficacia del convenio colectivo estatutario encajando la institución del descuelgue en el propio Título III del ET dedicado a la negociación colectiva al mismo nivel jerárquico que el propio convenio colectivo. De este modo, propugnar una eficacia jurídica contractual del acuerdo de descuelgue por no cumplir con los requisitos formales del convenio, -cuando es la propia Ley la que regula un procedimiento específico para el descuelgue en el propio Título III-, o porque sólo regula una o varias materias, -cuando es la propia Ley igualmente la que lo diseña como un acuerdo sobre materia o materias concretas tasadas en la norma-, carece de la más mínima lógica jurídica en una interpretación literal, sistemática e integradora de la norma y, sobre todo, consecuente con la propia finalidad de la institución.

No obstante, nos remitimos al Capítulo dedicado a la naturaleza jurídica donde hemos tomado posición en favor de la necesidad de revisar el criterio jurisprudencial a la vista de su palpable insuficiencia para acoger manifestaciones de la autonomía colectiva estatutaria previstas en el ordenamiento laboral, incluso en el propio ET.

Una vez expuesta nuestra opción a favor de la eficacia jurídica normativa del acuerdo de descuelgue o de la decisión sustitutiva, se nos plantea el interrogante en relación a la posibilidad o no para el trabajador afectado por la inaplicación de proceder a la “denuncia modificativa impropia” del contrato de trabajo <sup>1410</sup>, esto es, de solicitar unilateralmente la resolución indemnizada del mismo ex art. 41 ET.

Pese al silencio en la norma <sup>1411</sup>, la propia eficacia jurídica normativa del acuerdo, o de la decisión sustitutiva, va a condicionar inexorablemente a nuestro juicio en sentido negativo esta posibilidad, prevista exclusivamente para supuestos de modificaciones de condiciones de trabajo contractuales.

No obstante, desde algún sector doctrinal se apunta esta posibilidad, tanto por el reenvío al art. 82.3 ET ex art. 41.6 ET, como por las referencias constantes en la regulación del descuelgue al procedimiento del art. 41.4 ET <sup>1412</sup>. En nuestra interpretación, resultando pacífica la imposibilidad de proceder a la resolución indemnizada del contrato de trabajo en los supuestos de cambios en la regulación de las condiciones pactadas en los convenios colectivos,

---

<sup>1410</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, 1996 a propósito de la facultar de instar la resolución indemnizada tras modificación unilateral por el empresario de sus condiciones de trabajo ex art. 41 ET.

<sup>1411</sup> ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 63, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 125, SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, año 2012, p. 143.

<sup>1412</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 126. En este sentido, para el autor la inaplicación no deja de ser modificación, no compartimos éste criterio pues no entendemos la figura del descuelgue como modificación del convenio colectivo sino como cesación de sus efectos temporalmente en una determinada materia.

no va a ser posible para el trabajador afectado por la inaplicación ejercer esta facultad resolutoria, sin perjuicio de que a mayor abundamiento entendemos que las remisiones efectuadas en el art. 82.3 ET al art. 41.4 ET lo son exclusivamente en lo referente a las cuestiones de procedimiento.

### *1.2.- Eficacia personal del acuerdo de descuelgue o decisión sustitutiva*

Al comienzo del presente Capítulo hemos señalado que la eficacia personal del convenio colectivo *“reenvía al conjunto de sujetos que quedan incluidos dentro de su ámbito de aplicación, remitiendo, por ende, a quienes se integran subjetivamente en su círculo de aplicación”*<sup>1413</sup>.

Y si nos referimos a la eficacia personal del acuerdo de inaplicación de condiciones pactadas en convenio, o de su decisión sustitutiva, nuevamente la asimilación del acuerdo de descuelgue al convenio estatutario en cuanto a su naturaleza jurídica nos conduce a concluir de principio en favor de su eficacia personal general, más aún cuando ya nos hemos posicionado a favor de su eficacia jurídica normativa.

Como es conocido, en lo referente a la eficacia personal del convenio colectivo estatutario, el modelo español de negociación colectiva ha optado, siguiendo una constante tradición histórica, por conceder eficacia personal general o *erga omnes* a los convenios colectivos negociados y concluidos de acuerdo con las reglas del Título III del ET, eficacia personal que no es una característica consustancial al convenio colectivo sino que *“precisa, por el contrario, de una atribución legal, que va acompañada inevitablemente de una intervención normativa del legislador en la ordenación de la actividad negociadora”*, y que se ha concretado en los requisitos de legitimación negocial de los sujetos negociadores y de mayoría absoluta en las comisiones negociadoras<sup>1414</sup>.

Es precisamente como consecuencia de esta eficacia personal general por la que el convenio colectivo vincula a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación a través de esa representación *“reforzada”* y con independencia de su voluntad de quedar sometidos a las normas del convenio: *“Como quiera que todo convenio exige, para ser negociado válidamente, que sus partes alcancen una determinada entidad cuantitativa (y, por tanto, representativa), todo convenio tiene por definición eficacia general”*<sup>1415</sup>.

Y en este sentido, al igual que en el supuesto del convenio colectivo, las condiciones de trabajo pactadas en el acuerdo de inaplicación, o en la decisión sustitutiva, se van a imponer a las partes incluidas en su ámbito de aplicación con vocación de generalidad de manera automática, con independencia de su voluntad o no de quedar sometidos a él y sin necesidad de técnica alguna de *“contractualización”*. No puede entenderse de otra manera, desde la perspectiva de que el acuerdo de descuelgue sustituye al convenio en la materia objeto de

---

<sup>1413</sup> MERCADER UGUINA, J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 5ª Edición, tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 101.

<sup>1414</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimosegunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 2013, p. 361 y 362.

<sup>1415</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 32ª edición, Madrid, 2011, p. 155 y p. 165.

inaplicación, imponiéndose por el mismo cauce que éste a través del mecanismo de la representación.

Ahora bien, a diferencia de lo previsto para la negociación del convenio estatutario, en el supuesto de la institución prevista en el art. 82.3 ET, la norma habilita para la negociación, además de a los sujetos con legitimación suficiente para la negociación del convenio colectivo *ex art. 87.1 ET*, a otros sujetos en los supuestos en que no exista representación legal de los trabajadores, las denominadas comisiones sindicales o *ad hoc* reguladas en el art. 41.4 ET <sup>1416</sup>. En estos términos, en aquéllas empresas que carezcan de la representación legal exigida para la negociación del convenio estatutario *ex art. 87 ET*, es posible que se concluya un acuerdo de descuelgue por otros representantes más allá de los legitimados para la negociación del convenio.

Siendo así, en estos supuestos de ausencia de representación legal, en el mecanismo del descuelgue se rompe la ecuación sujetos con legitimación negocial *ex art. 87.1* más mayoría requerida *ex art. 88 ET* igual a eficacia personal general del convenio en virtud de esa representación “reforzada”. Desde esta perspectiva, debemos plantearnos si esta ruptura de la regla general del art. 87.1 ET en materia de legitimación negocial para el supuesto del convenio estatutario conlleva la pérdida de la eficacia personal general en el caso del acuerdo de descuelgue. A nuestro juicio la respuesta es negativa por varias razones.

En primer lugar, porque en el supuesto del descuelgue de convenio colectivo el legislador modula su eficacia, excepcionando su fuerza vinculante, a través de la intervención legislativa contenida en el propio art. 82.3 ET, en una opción de política de derecho que ya ha sido declarada ajustada a derecho por el máximo intérprete constitucional al resultar razonable y proporcionada <sup>1417</sup>. Y en este sentido, no existiendo un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva, disponiendo el legislador de un extenso margen en su desarrollo, ordenando el art. 37 CE garantizar el derecho a la negociación colectiva de “*los representantes de los trabajadores*” pero sin exigir que esta representación sea necesariamente de naturaleza sindical <sup>1418</sup>, no existe obstáculo alguno desde la perspectiva constitucional para entender que la atribución legal de esta habilitación negocial a las comisiones sindicales o *ad hoc*, en ausencia de representación unitaria o sindical, pueda condicionar la eficacia personal general del acuerdo de descuelgue. Acuerdo que además, por su propia naturaleza, se presenta con vocación de generalidad. Los miembros de la comisión sindical o *ad hoc* son elegidos democráticamente por los trabajadores para que les representen, considerándose el acuerdo resultante manifestación de la autonomía colectiva sin que del art. 37.1 CE se derive un

---

<sup>1416</sup> Art. 82.3 párrafo 5º del ET: “*La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo*”

<sup>1417</sup> En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 16 de julio de 2014 en recurso de inconstitucionalidad número 5603/2012 y Sentencia 8/2015, de 22 de enero de 2015, en recurso de inconstitucionalidad 5610/2012.

<sup>1418</sup> Como se manifestó ya en la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1983, de 13 de diciembre, la Constitución elude la consagración de un monopolio del Sindicato en la negociación colectiva.

derecho de negociación circunscrito a los sindicatos, mucho menos a los más representativos o mayoritarios <sup>1419</sup>.

En este sentido, si en el supuesto del convenio colectivo sus efectos se extienden con carácter *erga omnes* a la totalidad de trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación funcional y territorial a través del mecanismo general de la representación <sup>1420</sup>, no hay razón para entender que no puedan extenderse para el supuesto del descuelgue a través de éste mismo mecanismo en los términos previstos en el art. 82.3 en relación con el art. 41.4 ET. Nos remitimos en este punto al Capítulo dedicado al procedimiento y, en concreto, a los sujetos legitimados para la negociación.

En segundo término, en el acuerdo de inaplicación, o en la decisión sustitutiva, se van a fijar condiciones de trabajo genéricas e indeterminadas en cuanto a sus destinatarios en su respectivo ámbito de aplicación en virtud del mecanismo de la representación <sup>1421</sup>, de la misma

---

<sup>1419</sup> ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 60 a 62: “la ausencia de valor normativo “no impide que el acuerdo pueda tener una eficacia personal general a través del mecanismo específico de la representación laboral...” Con una muy interesante aportación en lo referente al acuerdo alcanzado por las comisiones de trabajadores *ad hoc*: “Por ello, se ha dicho que un acuerdo negociado con tres o menos trabajadores de una empresa no puede considerarse una manifestación de la negociación colectiva y que su calificación ha de ser mero acuerdo individual o plural. Sin embargo, los miembros de la comisión extrasindical o directa son elegidos democráticamente por los trabajadores de la empresa para que les representen. Y, en este sentido, debe tenerse en cuenta que el art. 37.1 de la Constitución Española reconoce directa e inmediatamente -esto es, ejercitable sin necesidad de desarrollo legal ordinario- un derecho de negociación colectiva apoyado en una amplia legitimación negocial, no circunscrita a los sindicatos y asociaciones empresariales y, mucho menos, a los más representativos o mayoritarios”... “Por consiguiente, y sin perjuicio de la manifiesta debilidad en la posición que ocupan estas representaciones *ad hoc*, la naturaleza de los acuerdos de empresa por ella negociados es equiparable a la de los convenios colectivos extraestatutarios, lo que no impide que pueda reconocérseles efectos “*erga omnes*” en la medida en que dichas representaciones han sido elegidas democráticamente por la mayoría de los trabajadores en la empresa en cuestión.”

<sup>1420</sup> MERCADER UGUINA, J.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012. La empresa como nuevo centro de gravedad”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 365. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial”, *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 126.

<sup>1421</sup> El mecanismo de la representación laboral es el fundamento sobre el que la jurisprudencia residencia la eficacia personal general de los denominados “acuerdos o pactos informales de empresa”, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 10 de marzo de 2009, en recurso de casación 119/2008, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea, F.J. 4º in fine: “Sin perjuicio del respeto que le merece la doctrina científica -- que por cierto no toda está de acuerdo con la tesis que sustenta el recurso como parece afirmarse en él -- esta Sala ha distinguido siempre entre los convenios colectivos estatutarios y los acuerdos o pactos informales de empresa. Y ha reconocido valor normativo, que es el que le otorga el carácter de fuente de la relación laboral, ex. art. 3.1.b ET, exclusivamente a los primeros (sentencias de 30 de enero de 2.003 (Rec. 1266/2001), 19 de enero de 2.003 (Rec. 2869/2002), 24 de mayo de 2.004 (Rec. 1631/2003) 20 de junio de 2.005 (Rec. 29/2004 ) y las que en ella se citan). Lo que no implica negar eficacia “*erga omnes*” a los acuerdos o pactos de empresa informales, pues como dijimos en la sentencia de 24 de mayo de 2.004 (Rec. 1631/2003 ) la ausencia de valor normativo no impide que el acuerdo pueda tener una eficacia personal general a través del mecanismo específico de la representación

manera que se regulan condiciones de trabajo genéricas e innominadas en cuanto a sus destinatarios en el convenio colectivo <sup>1422</sup>.

En tercer término, en cuanto a las materias objeto de inaplicación, la regulación de las condiciones de trabajo pactadas en el acuerdo de inaplicación se presenta con la misma vocación de generalidad que la del convenio, con independencia de que se hubieran negociado por representantes *ad hoc* o con representantes unitarios o sindicales, de ahí que a través del descuelgue se pueda afectar a materias que, por su generalidad, estarían vedadas a la negociación extraestatutaria, como ya comentamos al referirnos a la naturaleza jurídica. En este sentido, la vocación de generalidad de las materias comprendidas en el ámbito objetivo del acuerdo de inaplicación es sin duda prueba de su eficacia personal general.

En consecuencia, la eficacia personal del acuerdo de descuelgue, o de la decisión sustitutiva, no puede ser sino general en el correspondiente ámbito de aplicación.

Ahora bien, dicho esto, esta eficacia personal *erga omnes* no resulta incompatible con un posible ámbito de aplicación del descuelgue limitado, bien por afectar a un centro de trabajo concreto de la empresa y no a la empresa en su conjunto <sup>1423</sup>, bien por afectar a un determinado colectivo de trabajadores susceptibles de un tratamiento específico a estos efectos.

En estos supuestos de afectación limitada del acuerdo o decisión, la vocación de generalidad en el ámbito del conflicto no resulta discutible. De este modo, no debe confundirse ámbito de aplicación limitado con eficacia *erga omnes*.

Que el acuerdo esté dotado de eficacia general, no significa que deba dirigirse o destinarse al conjunto de la empresa, o al conjunto de los trabajadores de la misma. En este sentido, el modelo legal ampara la negociación de convenios colectivos de ámbito inferior a la empresa, o de convenios colectivos destinados a determinados grupos de trabajadores con un perfil profesional específico, sin que por ello pierdan su eficacia personal general en el correspondiente ámbito de aplicación.

Y en este sentido, por sus propios fines, o por las circunstancias concurrentes, no es discutible que el acuerdo de empresa en cuanto género puede presentar unos contornos más limitados <sup>1424</sup>. Siendo así, no tenemos duda en cuanto a que una aplicación limitada del acuerdo de

---

*laboral...*". Si es así para el supuesto de los pactos colectivos, por el mismo motivo puede serlo para el supuesto del acuerdo de descuelgue.

<sup>1422</sup> FALGUERA BARÓ, M.A.: "El acuerdo en el período de consultas", Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 23.

<sup>1423</sup> En este sentido, la eficacia personal pueda resultar limitada al ámbito de la empresa o centros para los que se haya previsto, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 115. "Tienen eficacia jurídica normativa y personal de alcance general -aunque sólo en el ámbito de la empresa o centros para los que se haya previsto-".

<sup>1424</sup> GARCÍA MURCIA, J.: "Los acuerdos de empresa: marco general" en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley grupo Wolters Kluwer, p. 631.



descuelgue en lo que se refiere a sus destinatarios resulta plenamente compatible con la eficacia general.

#### 1.2.1.- Aplicación del acuerdo de descuelgue en un nivel inferior al de la empresa: descuelgue a nivel de centro de trabajo

En todo caso, la cuestión referida a la posibilidad de negociar una inaplicación de convenio ex art. 82.3 ET con afectación exclusiva en un determinado centro de trabajo de la empresa y no en la totalidad de la misma, ha resultado en cierto modo problemática tras la promulgación de la reforma laboral del 2012. En este sentido, dos son los obstáculos a salvar.

Por un lado, la propia redacción literal de la norma complica sobremanera la cuestión, al referirse a que se podrá proceder, previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4 ET, a inaplicar “*en la empresa*” las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable.

Por otro, la posibilidad de instar descuelgues de convenio en el nivel del centro de trabajo también se dificulta en cierto modo en el supuesto de alegarse causas económicas, a la vista de determinada jurisprudencia del Supremo que vincula la constatación de la causa económica con la empresa en su conjunto, interpretación a nuestro juicio excesivamente rigorista y que sería conveniente superar, al menos en lo que se refiere a centros de trabajo de la empresa que funcionan como unidades productivas autónomas.

En este debate, entre los tempranos comentaristas a la reforma laboral del 2012 dos fueron los argumentos utilizados para defender la aplicación del descuelgue en un ámbito inferior al de la empresa.

Por un lado, la remisión en el propio art. 82.3 párr. 2º ET a la regulación contenida en el art. 87.1 ET, en lo que se refiere a los representantes legitimados para la consecución del acuerdo, habilitaría a un descuelgue con ámbito de aplicación en el nivel del centro de trabajo o de franja <sup>1425</sup>, pero partiendo siempre de la necesaria adecuación de la medida propuesta a la causa aducida. En estos términos, la selección del ámbito del descuelgue no podría ser una decisión discrecional, debiendo presentar cierta razonabilidad so pena de diferenciaciones injustificadas entre trabajadores. La respuesta por tanto dependerá de las concretas circunstancias de la situación que se plantee, combinando la causa, el contexto negocial en la empresa, y la medida que se plantee como alternativa <sup>1426</sup>.

Por otro lado, y a propósito de las nuevas competencias que asumía la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano correspondiente de comunidad autónoma en

---

<sup>1425</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 40: “No obstante, la remisión al art. 87.1 LET implica la posibilidad de descuelgue en ámbitos específicos de negociación previstos en esta norma. Hay que tener en cuenta que la posibilidad de acuerdos de inaplicación del convenio de empresa supone el reconocimiento de ámbitos más reducidos de descuelgue (centro, franja) y la necesidad de adaptación de los sujetos y requisitos de legitimación para dichos ámbitos”.

<sup>1426</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 65 a 67.

supuestos de falta de acuerdo, se concluía en el sentido de que la previsión a la competencia del órgano estatal, en el supuesto de que la inaplicación afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos autonómicos, en los demás casos, abría igualmente la puerta a un acuerdo de descuelgue con aplicación a nivel de centro de trabajo <sup>1427</sup>.

No obstante estos argumentos, el debate se cierra por el legislador en sentido afirmativo a partir de la importante reforma en materia de constitución de las comisiones negociadoras operada en agosto de 2013, reforma que configura la negociación en medidas de flexibilidad interna y externa como única a nivel de empresa pero con posibilidad de afectación individualizada por centros de trabajo de la empresa <sup>1428</sup>. Aunque nos ocupamos de analizar esta cuestión en el Capítulo dedicado al procedimiento, resulta necesario recordar cómo el legislador procede a efectuar esta nueva redacción en la norma como reacción a determinada doctrina judicial que venía declarando la nulidad de las negociaciones parceladas por centros de trabajo al entender que se trataba de un supuesto de regulación reglamentaria *ultra vires* no amparado en la Ley <sup>1429</sup>.

De este modo, la confirmación de la nueva orientación de la negociación, con posibilidad de afectación por centros de trabajo individualizados, se constata al observar las exigencias legales derivadas del sistema de mayorías requerido para la válida adopción del acuerdo. Y en este sentido, expresamente el legislador previene que, en aplicación del denominado principio de correspondencia, *“Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados”* <sup>1430</sup>. En los mismos términos, en la normativa reguladora del despido colectivo, el legislador opta igualmente por

---

<sup>1427</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 379.

<sup>1428</sup> Nueva redacción del art. 41.4 ET párr. 1º *in fine*: *“La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros de trabajo afectados por el procedimiento”*-,

<sup>1429</sup> Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, BOE nº 185, de 3 de agosto de 2013, en cuyo artículo 9 dentro del Capítulo IV se modificaron los preceptos de los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET que regulan la comisión negociadora y los sujetos legitimados para actuar, en representación de los trabajadores, como interlocutores ante la dirección de la empresa durante el periodo de consultas que deberá tener lugar con carácter previo a la adopción de estas medidas colectivas: *“En todos estos procedimientos se establece que la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien en el caso de ser varios los centros de trabajo afectados, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. Con esta modificación, desaparece la posibilidad de que la consulta se realice separadamente por centros de trabajo, opción actualmente prevista en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada”*, convalidado mediante Ley 1/2014, de 28 de febrero, BOE nº 52 de fecha 1 de marzo de 2014.

<sup>1430</sup> Antepenúltimo párrafo del art. 41.4 del ET.

amparar expresamente la afectación de determinado centro o centros de trabajo de la empresa <sup>1431</sup>.

Siendo así, no hay duda de que a partir de la entrada en vigor de la norma de urgencia <sup>1432</sup>, el legislador permite la afectación individualizada por centros de trabajo. Eso sí, con la importante previsión legal en el sentido de vincular legitimidad negocial de la comisión negociadora con representatividad efectiva a nivel del centro de trabajo afectado por la medida.

En todo caso, aún admitida la afectación parcelada de un descuelgue a nivel de centro de trabajo, esta aplicación limitada del acuerdo de descuelgue en el nivel de centro de trabajo encuentra una seria limitación para el supuesto de la fundamentación de la medida en las denominadas causas económicas.

En este sentido, determinada línea jurisprudencial impone que el ámbito de apreciación de la causa económica debe ser el de la empresa en su conjunto y no el del centro de trabajo en cuestión. Por el contrario, el ámbito de apreciación de las causas técnicas, organizativas o de producción, puede referirse al espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que hubiera surgido la dificultad que impidiera su buen funcionamiento <sup>1433</sup>.

---

<sup>1431</sup> Inciso final del art. 51.2 ET: *“La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.”* A mayor abundamiento, la modificación operada en el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y de reducción de jornada, confirma el cambio de orientación del legislador, art. 27.1: *“La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes”*. Incluso en el art 28 del propio Reglamento se refuerza esta posibilidad al requerirse siempre, al igual que en el art. 41.4 ET, que los acuerdos de la comisión negociadora se tomen siempre que se ostente la mayoría de los trabajadores del centro de trabajo afectado directamente por la medida: *“Los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados, para lo cual, se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes.”*

<sup>1432</sup> A fecha 4 de agosto de 2013.

<sup>1433</sup> Exponente de esta línea jurisprudencial la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 14 de mayo de 1998, en recurso de casación para la unificación de doctrina número 3539/1997 en la que se declaraba lo siguiente: *“a) La existencia de una “situación económica negativa” comporta, para la determinación de su concurrencia, la valoración del estado económico de la empresa en su conjunto. Suministra argumentos en favor de esta conclusión la STS/IV 24-IV-1996 (recurso 3543/1995) al exigir que la situación económica negativa sea importante, o mejor, suficiente o trascendente, pues como señalaba en relación al concreto supuesto en ella enjuiciado, “la situación económica negativa de la empresa es más que suficiente a los fines comentados, puesto que las pérdidas sufridas por ésta son elevadas”; b) Deben compararse, en consecuencia, beneficios y pérdidas a nivel global empresarial y no separadamente por centros o secciones, pues, en sentido contrario, tampoco sería defendible que si la empresa estuviera en trascendente situación económica negativa a nivel global no pudiera, en ningún caso, adoptar medidas extintivas adecuadas que afectaran a los trabajadores que prestaran sus servicios en los centros o secciones de aquélla que aisladamente pudieran generar ganancias o no estar en concreta situación económica negativa; c) La situación económica negativa, suficiente o trascendente,*

Con apoyo en esta interpretación jurisprudencial, y antes de la modificación legal de la constitución de las comisiones negociadoras, determinada doctrina concluía en el sentido de que eran difícilmente admisibles descuelgues en ámbitos infraempresariales<sup>1434</sup>. No obstante, a nuestro juicio, en esta lectura se confundían dos cuestiones diferentes, pues una cosa es que para la acreditación de la causa económica se requiriera una consideración de conjunto de la inestabilidad económica en la empresa, y otra muy diferente que, acreditada esa inestabilidad económica de conjunto, no se pudiera afectar a determinados centros de trabajo siempre que existiera una razón objetiva y razonable para esa afectación<sup>1435</sup>.

En todo caso, no es discutible que, en el supuesto de aducirse causas económicas, la interpretación del Tribunal Supremo condiciona *a priori* la posibilidad de proceder a descuelgues en el nivel del centro de trabajo en aquéllos supuestos en los que la situación económica negativa se actualice exclusivamente en el nivel inferior del centro de trabajo y no en el de la empresa en su conjunto.

No obstante, a partir de las más recientes resoluciones del Supremo en la materia, se vislumbra cierta flexibilización en el criterio tras la referencia expresa a la “*unidad económica*”

---

***ha de afectar, por ende, a la empresa en su conjunto o globalidad, lo que no posibilita en este ámbito económico la disgregación de la empresa en secciones o centros separados. Así es dable deducirlo también de una interpretación del precepto acorde: 1) tanto con la exigencia de justificar mediante la concurrencia de la causa económica "la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo" como exige el art. 52.c ET, lo que debe también referirse a la empresa en su conjunto, sin perjuicio de la necesaria conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados; 2) como con relación a la finalidad de la medida extintiva, pues "precisamente con la adopción de esas medidas extintivas se busca y pretende superar esa situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma" (argumento ex STS/IV 24-IV-1996). En esta línea, la referida sentencia de esta Sala para llegar a la conclusión de que existía el requisito de contradicción entre sentencias señalaba que ambas, la recurrida y la de contraste, se refieren a la misma empresa y que "las pérdidas tenidas en cuenta a estos efectos son las de la compañía en su conjunto". (Negrita del que suscribe)***

<sup>1434</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2011, p. 41: “La situación económica que habilita para practicar el descuelgue debe, en principio, acreditarse en la empresa como se desprende de la literalidad del marco legislativo. Es por ello que son difícilmente admisibles las posiciones proclives a restringir su operatividad, en cuanto al ámbito de referencia, a unidades infraempresariales. La duda que se plantea es si podría realizarse el descuelgue en unidades productivas menores, esto es, de centros de trabajo o unidades productivas autónomas. Resulta evidente que la norma requiere una consideración de conjunto de lo que se denomina “inestabilidad económica” en toda la empresa y no en una de sus unidades productivas. En el planteamiento legal, la posibilidad de descuelgues salarial viene referida a la empresa, entendida ésta como unidad económica o aglutinante del total conjunto de sus elementos, Es la empresa –y no un centro o unidad autónoma de la misma- la que ha de ser dañada en su estabilidad económica para que resulte posible la aplicación del mecanismo legal”

<sup>1435</sup> Llevada al extremo esta interpretación, que no compartimos en absoluto, en el supuesto de una empresa con varios centros de trabajo en la que existiera una cuenta de resultados global negativa pero en la que sólo se actualizara esa situación de pérdidas en un centro de trabajo, no sería posible instar un descuelgue en éste último sino que habría que materializarlo con afectación también en aquéllos centros donde no existiera situación económica negativa, interpretación que no solo carece de toda lógica jurídica, al tener que afectar la medida a centros de trabajo con una situación económica saneada, sino que con toda probabilidad agravaría la situación.

de producción” como ámbito de posible afectación de la causa económica <sup>1436</sup>. Flexibilización que a nuestro juicio habilitaría para la aplicación de un descuelgue por esta razón en el ámbito de la concreta unidad productiva autónoma afectada por la situación económica negativa, sin que resultara necesaria su constatación a nivel global de la empresa.

Es ésta sin duda a nuestro juicio la interpretación más lógica de la norma en los supuestos de empresas multiformes con centros de trabajo dotados de una considerable autonomía y sustantividad propia dentro de la empresa. Por ejemplo, en el ámbito de las contratas, ámbito en el que el propio Tribunal Supremo ha entendido que nos encontramos ante unidades productivas autónomas a propósito, por ejemplo, del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los supuestos de cambios en la titularidad de los contratos <sup>1437</sup>.

En todo caso, la dificultad vendrá determinada más por la propia conceptualización al respecto de lo que deba entenderse por “*unidad económica de producción*”, pudiendo servir de referencia a estos efectos la definición contenida en el art. 44.2 del ET a propósito de la institución de la sucesión de empresa cuando se entiende que existe la misma cuando la transmisión afecte “*a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio*.”.

En esta línea interpretativa de posible ámbito limitado de afectación de medidas de flexibilidad interna, determinada doctrina judicial se ha pronunciado recientemente sobre lo desproporcionado de forzar una medida global a nivel de empresa, en concreto un expediente de regulación temporal de empleo, cuando resultaba acreditado que aquélla no era necesaria en todos sus centros de trabajo, por afectar la causa económica en exclusiva a uno de los centros de trabajo <sup>1438</sup>.

---

<sup>1436</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2008, en recurso de casación para la unificación de doctrina número 1719/2007: “*Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala del Tribunal Supremo que el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o **unidad económica de producción**, mientras que el ámbito de apreciación de las causas técnicas, organizativas o de producción es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento (STS 13-2-2002, rec. 1436/2001; STS 19-3-2002, rec. 1979/2001; STS 21-7-2003, rec. 4454/2002)*”. Lo que es seguido, entre otras, en las SSTs/IV 12-diciembre-2008 (rcud 4555/2007), 16-septiembre-2009 (rcud 2027/2008), 8-julio-2011 (rcud 3159/2010) y 31-enero-2013 (rcud 709/2012).” (Negrita del que suscribe). En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de septiembre de 2013, en recurso de casación 11/2013.

<sup>1437</sup> Así, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la aportación de mano de obra, las contratas constituyen una unidad productiva autónoma a la que se aplicarían las reglas del art. 44 ET en materia de sucesión de plantillas al formar un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una determinada explotación de un servicio en cuanto unidad productiva autónoma, nos referimos a la doctrina sentada a partir de las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 20 de octubre de 2004, en recurso 4424/2003, o de 27 de octubre de 2004, en recurso de casación para la unificación de doctrina 899/2002, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea.

<sup>1438</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 5 de diciembre de 2013, en recurso 334/2013, Ponente Ricardo Bodas, F.J. 3º: “*La Sala comparte con los demandantes que los procedimientos de suspensión de contratos deben promoverse unitariamente cuando sus causas son idénticas, porque si no se hiciera así, se quebraría injustificadamente la unidad de negociación, se elegiría interlocutor y se dividiría artificiosamente la posición negociadora de los representantes de los trabajadores. - Además, la fuerza negociadora de quienes negocien en segundo lugar se debilitaría sustancialmente, por cuanto quedaría altamente condicionada por la negociación previa, especialmente cuando se haya alcanzado acuerdo, porque en dicho supuesto se presumirá la concurrencia de causas, de conformidad con lo dispuesto en el*

En consecuencia, como conclusión, en aquéllos supuestos en los que se deduzca la existencia de un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad esencial o accesoria de la empresa, -ejemplo prototípico el de la contrata-, propugnamos una interpretación de la norma en la que se habilite la valoración de la causa económica negativa exclusivamente en el nivel del concreto centro de trabajo en el que se actualiza la situación económica negativa, sin que sea necesario en estos supuestos exigir su actualización en el nivel global de la empresa al funcionar el centro de trabajo como una unidad productiva autónoma de la empresa.

#### 1.2.2.- Aplicación limitada del acuerdo de descuelgue a determinados colectivos de trabajadores vs tratamientos jurídicos individualizados

Nos referimos ahora a la posibilidad de concertar un acuerdo de descuelgue con afectación subjetiva diferenciada a determinados trabajadores.

En este sentido, a nuestro juicio habría que distinguir a su vez entre dos supuestos diferentes. Por un lado, posibilidad de aplicación subjetiva a determinados colectivos de trabajadores. Por otro, posibilidad de establecer tratamientos individuales diferenciados con presupuesto en un acuerdo de descuelgue<sup>1439</sup>.

En lo que se refiere al primer supuesto planteado, -posible afectación limitada a determinados grupos o colectivos de trabajadores-, no existiría a nuestro juicio mayor problema en admitir un acuerdo de descuelgue con afectación diferenciada en exclusiva a un grupo específico de trabajadores. Pero siempre que el acuerdo o decisión no perdiera su vocación de generalidad en función de una característica común vinculada a ése colectivo determinado, y siempre que esa diferenciación encontrara una justificación objetiva y racional para afectar a un determinado colectivo de trabajadores sí y a otros no<sup>1440</sup>.

---

*art. 41.1 ET . Ahora bien, pensamos también que no cabe una respuesta única y concluyente en estos supuestos, especialmente cuando las circunstancias concurrentes, aun cuando el ERTE posterior se fundamente en las mismas causas que el precedente, no sean idénticas entre sí, puesto que **sería absolutamente desproporcionado forzar un ERTE global, cuando la empresa considere que la medida no es necesaria en todos sus centros de trabajo.***

<sup>1439</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 115, “Desde mi punto de vista, una cosa es que los trabajadores afectados sean limitados y otra bien distinta que el descuelgue pueda ser utilizado para introducir tratamientos individualizados. La inaplicación es un acto de naturaleza normativa y, en consecuencia, debe consistir en el establecimiento de una regla alternativa a la que se desplaza y, por tanto, de alcance general dentro de su ámbito de aplicación. Por lo demás, al igual que las reglas del convenio, puede tener más o menos destinatarios e introducir tratamientos diferenciados para unos u otros siempre que se respeten las exigencias de los arts. 14 CE y 17 ET” (negrita del que suscribe)

<sup>1440</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 378: En el mismo sentido, CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 146.

De esta manera, un acuerdo de descuelgue pactado exclusivamente para determinadas categorías de trabajadores, habría de venir perfectamente justificado para evitar la vulneración del principio de igualdad y no discriminación <sup>1441</sup>.

De conformidad con pacífica jurisprudencia del Supremo a propósito de diferencias pactadas en convenio, se concluye que *“para que la diferencia o desigualdad sea constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos ó desmedidos...”* <sup>1442</sup>. La doctrina resulta de plena aplicación al supuesto que analizamos.

En esta línea interpretativa, existen antecedentes de doctrina judicial declarando justificados y, por tanto, no discriminatorios, acuerdos de descuelgue salarial con tratamientos diferenciados entre colectivos siempre que encontraran justificación <sup>1443</sup>. O, más recientemente, simplemente acuerdos modificatorios consistentes en reducciones de salario para la totalidad

---

<sup>1441</sup> Antes de la reforma del 2012 y a propósito del descuelgue salarial, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial”, *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 124 entendía que “Lo normal es que el descuelgue afecte a toda la plantilla de la empresa, pero en caso de que se pacte exclusivamente para determinadas categorías de trabajadores habrá de venir perfectamente justificado en el pacto este tipo de delimitación subjetiva para evitar la vulneración del principio de no discriminación”. Después de la reforma, MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012”, *Aranzadi Social* núm. 9/2013 (informes), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2013\14, p. 7, “Sobre el ámbito de aplicación subjetivo, es decir, los trabajadores que se verán afectados por la medida, el legislador guarda silencio, aunque lo normal será que afecte a toda la plantilla de la empresa. Pero en el caso de que se pactase que únicamente se aplicará a determinados grupos de trabajadores ha de venir perfectamente justificado amparándose en criterios objetivos y razonables, para evitar cualquier vulneración del principio de igualdad y no discriminación”.

<sup>1442</sup> Por todas, F.J. 5º apartado 2. B en Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre de 2014, en recurso 308/2013, Ponente Jordi Agustí Julia, siguiendo criterio de la Sala en su Sentencia de 17 de noviembre de 2009.

<sup>1443</sup> Por ejemplo, en la Sentencia número 6484/2006 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 3 de octubre de 2006, en recurso 4346/2006, F.J. 5º, en la que se convalida determinado acuerdo de descuelgue salarial alcanzando entre empresario y dos de los tres representantes de los trabajadores por el que se acordaba mantener los incrementos salariales previstos en el convenio del sector para todos los trabajadores que no disfrutasen de mejoras salariales por encima del convenio, acordándose la inaplicación de la cláusula de revisión salarial para el grupo de trabajadores que mantenía retribuciones más favorables con el argumento de que con ello se compensarían las condiciones más beneficiosas de los citados trabajadores. Más recientemente, el supuesto de la Sentencia de la Audiencia Nacional número 188/2013, en recurso 248/2013, Ponente María del Carmen Prieto Fernández, de fecha 28 de octubre de 2013, F.J. 2º, en la que se rechaza la nulidad de acuerdo modificación sustancial de condiciones de trabajo del que se excluía a miembros del comité de dirección dentro del convenio de aplicación por haber visto ya reducidas sus retribuciones vía bonus en ejercicios anteriores.

de la plantilla excepto los integrantes del comité de dirección con el argumento principal de que habían experimentado anteriores reducciones salariales en torno al 20 por 100 <sup>1444</sup>.

En estos términos, resultaría admisible un ámbito de aplicación subjetiva restringida del acuerdo de descuelgue en aquellos supuestos en los que el propio convenio colectivo objeto de inaplicación estableciera regulaciones específicas para determinados colectivos de trabajadores <sup>1445</sup>, salvándose así la posible discriminación. Por ejemplo, neutralización temporal de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social consistentes en planes de pensiones concedidos exclusivamente a colectivos con una determinada antigüedad en la empresa, -por encontrar justificación en la diferente regulación convencional-. O, por ejemplo, neutralización temporal de subidas salariales pactadas en convenio colectivo al colectivo de trabajadores con retribuciones pactadas en contrato superiores a las previstas en el convenio colectivo de aplicación, -al superarse la diferencia de trato en el juicio de proporcionalidad de la medida-. Una interpretación en sentido contrario iría contra la lógica jurídica y la finalidad de la institución.

A mayor abundamiento, de la misma manera que la norma posibilita la negociación de convenios colectivos de ámbito inferior a la empresa en los supuestos de grupos de trabajadores con perfil profesional específico, no hay motivo alguno para excluir un hipotético acuerdo de descuelgue con afectación subjetiva limitada a un colectivo identificable en cuanto a su perfil profesional. En este sentido, si la empresa puede acreditar la conexión de las causas habilitantes para el descuelgue con ese grupo determinado de trabajadores o franja con perfil profesional específico, no hay razón alguna para excluir la afectación subjetiva limitada del acuerdo de inaplicación a ese concreto colectivo individualizado.

Diferente sería la respuesta en lo que se refiere al segundo escenario planteado, tratamientos individualizados con afectación subjetiva del descuelgue exclusivamente respecto de determinados trabajadores, pero no porque ostentaran condiciones diferenciadas en el convenio en cuanto colectivo homogéneo de trabajadores, sino porque se les quisiera dar un tratamiento diferenciado en cuanto trabajadores individualmente considerados.

En este supuesto, como decimos, la respuesta a nuestro juicio sería diferente.

---

<sup>1444</sup> Supuesto analizado en la Sentencia de la Audiencia Nacional número 188/2013, en recurso 248/2013, Ponente María del Carmen Prieto Fernández, de fecha 28 de octubre de 2013. La Sala descarta discriminación con base en la evolución retributiva negativa de los miembros del comité de dirección en los últimos años y la diferente responsabilidad de los integrantes de éste con respecto al resto de los trabajadores de plantilla que realizan funciones diferentes, existiendo en estos términos justificación objetiva para el trato diferente.

<sup>1445</sup> GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 97: “De esta manera, si alteramos condiciones pactadas en convenio que afectaban sólo a determinada categoría o grupo profesional de trabajadores podría plantearse la posibilidad de un descuelgue restringido tan sólo a dicho colectivo de trabajadores. En todo caso debemos tener en cuenta que aceptar este planteamiento puede suponer un elevado peligro de introducir situaciones discriminatorias, por lo que esta posibilidad debe ser tratada con extrema cautela. En este sentido, será muy difícil admitir la posibilidad de establecer por esta vía diferentes escalas salariales en la empresa”



Por mucho que se pretenda amparar esta posibilidad en la discutible competencia del acuerdo de empresa para la fijación de condiciones de trabajo individuales <sup>1446</sup>, consistiendo el acuerdo de inaplicación en un acto de naturaleza normativa por el que se establece una regla alternativa a la que se desplaza y con alcance general dentro de su ámbito de aplicación <sup>1447</sup>, en una regla por el que se van a fijar con carácter general condiciones de trabajo genéricas e indeterminadas en cuanto a sus destinatarios en su respectivo ámbito de aplicación, de la misma manera que se regulan condiciones de trabajo genéricas e indeterminadas en cuanto a sus destinatarios en el convenio colectivo <sup>1448</sup>, no creemos que sea posible desde esta perspectiva establecer vía descuelgue de convenio colectivo tratamientos individualizados diferenciados.

En este sentido, no nos encontramos ante una institución para neutralizar condiciones de trabajo individuales, sino ante una excepción a la fuerza vinculante del convenio que, por su naturaleza normativa, presenta vocación de generalidad en sus destinatarios. En todo caso, una neutralización individualizada de condiciones de trabajo a través del mecanismo del descuelgue difícilmente superaría el test de proporcionalidad de la medida.

A mayor abundamiento, como limitación expresa en la norma, en el propio art. 82.3 ET se previene que el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio colectivo relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa <sup>1449</sup>. En consecuencia, la previsión legal se constituye en un límite expreso en lo referente al posible ámbito subjetivo de aplicación del acuerdo limitado a determinados colectivos de trabajadores en lo que se refiere, por ejemplo, a la inaplicación de determinadas políticas de conciliación pactadas en planes de igualdad.

---

<sup>1446</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 377 a 379 “esta posibilidad depende también de si el acuerdo de empresa, pese a ser una manifestación de negociación colectiva, **es** apto para fijar condiciones de alcance individual. Y a esta cuestión habría que responder afirmativamente al menos a la vista de la regulación contenida en el art. 41 ET según la que el acuerdo de empresa, en el que se puede apoyar la modificación sustancial de condiciones de trabajo, también puede adoptarse en supuestos de modificaciones de condiciones de origen individual cuando estas adquieran carácter colectivo al afectar a un número de trabajadores que alcance los umbrales previstos en este precepto. Es cierto que a propósito del descuelgue salarial no se hace ninguna alusión, a diferencia de lo que ocurre en el art. 41 ET, al alcance individual o colectivo, en función del número de trabajadores afectados ... lo que, puede interpretarse, cierra efectivamente las modificaciones por esta vía de alcance individual. Pero también cabe pensar que con esa omisión simplemente se unifica el procedimiento a seguir en todo caso, cualquiera que sea el alcance de la medida”

<sup>1447</sup> Citado ya GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 115

<sup>1448</sup> FALGUERA BARÓ, M.A.: “El acuerdo en el período de consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, p. 23.

<sup>1449</sup> POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 11

## 2.- EL ALCANCE TEMPORAL DE LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

### 2.1.- Duración del descuelgue

En la institución de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo nos encontramos ante una medida con vocación temporal <sup>1450</sup> que persigue excepcionar de manera temporal la regla general en materia de eficacia del convenio colectivo, esto es, la vinculación a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Es por ello que, tratándose de una excepción a la regla general de la fuerza vinculante del convenio colectivo, el legislador limita como máximo la duración del descuelgue a la de la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo de aplicación en la empresa <sup>1451</sup>, resultando no obstante perfectamente posible pactar una duración inferior a la máxima legal <sup>1452</sup>.

Dicho esto, el régimen jurídico en materia de duración del descuelgue presenta algunas diferencias después de la reforma de 2012 sobre las que resulta necesario detenerse.

Así, mientras que en la situación anterior a febrero de 2012 el legislador limitaba la duración del descuelgue salarial ex art. 82.3 ET a la vigencia del convenio y, en todo caso, a los tres años de duración como máximo <sup>1453</sup>, en el supuesto de los denominados descuelgues “genéricos” del art. 41.6 ET nada se preveía a estos efectos en la norma. Asistemática regulación que, paradójicamente, posibilitaba un descuelgue de convenio sin ninguna limitación temporal en

---

<sup>1450</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. I.: “Inaplicación de convenios colectivos: causas, procedimientos y efectos sobre las relaciones individuales de trabajo”, en *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, RAMOS QUINTANA, M<sup>a</sup>. I. (Dir.), GRAU PINEDA M<sup>a</sup>. (Coord.), Editorial Bonarzo, Albacete, 1<sup>a</sup> Edición, Diciembre 2013, p. 101.

<sup>1451</sup> Textualmente, redacción del párr. 6º del art. 82.3 ET dada por art. 14 del Real Decreto Legislativo 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: “*El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prologarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa.*”

<sup>1452</sup> En este sentido se pronuncia CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*. nº 57, enero-marzo, año 2012, p. 244 y 245: “*En cuanto al límite temporal, el tope fijado en el momento en el que resulte aplicable el convenio objeto de descuelgue ha de entenderse referido tanto a la vigencia ordinaria como ultraactiva del convenio; naturalmente ello sin perjuicio de que al tratar se de un tope máximo, siempre sería posible que el acuerdo fijase una duración inferior al descuelgue*” o en CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en GARCÍA PERROTE y MERCADER (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 411.

<sup>1453</sup> Art. 82.3 párr. 5º ET en redacción dada por el art. 6 de la misma Ley 35/2010, “*El acuerdo de inaplicación deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa, estableciendo, en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación, sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el período de vigencia del convenio ni, como máximo los tres años de duración.*”

todas aquéllas materias excepto en la salarial, en una manifestación más del deficiente encaje de la figura de los denominados descuelgues “genéricos” en el art. 41 ET <sup>1454</sup>.

Esta “anómala” ubicación cambia tras la reforma operada en 2012 tras la unificación y encaje sistemático de todos los descuelgues, salariales o no, en el precepto del art. 82.3 ET, desapareciendo en paralelo de la redacción de la norma la limitación, en todo caso, a los tres años de duración del descuelgue salarial, así como la necesidad de inclusión en el acuerdo de la necesaria programación para recuperar la convergencia, el denominado “recuelgue” <sup>1455</sup>.

En este sentido, se entiende que la unificación aporta seguridad jurídica a la institución desde la perspectiva de que se vincula su ámbito temporal con el del convenio que se inaplica con independencia de cual sea la materia objeto de descuelgue.

A mayor abundamiento, la referencia legal como límite máximo de duración a la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo aplicable, otorga continuidad a las condiciones de trabajo pactadas en el acuerdo <sup>1456</sup>. Despejando asimismo dudas en relación a la posible concertación o aplicación de un acuerdo de descuelgue en situaciones de ultraactividad del convenio <sup>1457</sup>, en lo que se apunta como una mejora técnica con respecto a la anterior versión de la norma <sup>1458</sup>.

---

<sup>1454</sup> En Art. 41.6 ET en redacción dada por art. 5 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, 6. “*Cuando la modificación se refiera a condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III de la presente Ley, sean éstos de sector o empresariales, se podrá efectuar en todo momento por acuerdo, de conformidad con lo establecido en el apartado 4. Cuando se trate de convenios colectivos de sector, el acuerdo deberá ser notificado a la Comisión paritaria del mismo*”

<sup>1455</sup> Alguna autora incluso ha apuntado a propósito de la recuperación de las condiciones objeto de descuelgue que no sólo nos encontramos ante un acuerdo de inaplicación sino también de “recuelgue” dada su inicial vocación de retorno a las condiciones de trabajo inaplicadas, POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 12, “recuelgue” que no se produciría en aquéllos supuestos en los que su duración coincidiera con la de la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo de aplicación en la empresa.

<sup>1456</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 20: “*A diferencia de regulaciones antecedentes de la presente, no se vincula la duración del acuerdo con la del convenio respecto del cual se produce la separación, sino con el que resulte de aplicación en el futuro, sea éste u otro. Esto otorga una gran continuidad a las nuevas condiciones de trabajo*”

<sup>1457</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 385, con la nueva redacción se despejan las dudas acerca de la posibilidad de descuelgue en ultraactividad; CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, 409; ROQUETA BUJ, R.: “La modificación de las condiciones de trabajo”, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 60

<sup>1458</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, *XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, , p. 45, una mejora técnica con respecto a la versión del RDL 7/2011, que vinculaba la duración del acuerdo

No obstante, no lo entiende así unánimemente la doctrina, pues desde algún sector se entiende que el proceso de refundición del régimen de inaplicación se habría llevado por delante el doble régimen de garantías, temporal y sustantiva, que dotaban a la institución de un mínimo de certeza temporal y material <sup>1459</sup>, obviando a nuestro juicio la crítica las carencias señaladas en la asimétrica regulación anterior. En esta línea crítica, la desaparición de la norma cualquier alusión a la duración máxima de tres años del anterior descuelgue salarial se interpreta como una regulación más favorecedora del mantenimiento del acuerdo de descuelgue <sup>1460</sup>.

Sea como fuere, partiendo de esta regulación se nos plantean determinados interrogantes que resulta necesario despejar.

Así, en primer término, la norma vincula la duración máxima del descuelgue con la entrada en vigor del nuevo convenio de aplicación, por lo que en este sentido podrían suscitarse problemas en relación a qué debe entenderse por el nuevo convenio colectivo aplicable en la empresa a que se refiere la norma.

En este sentido, a estos efectos, tendrá la consideración de nuevo convenio aplicable el pactado *“al margen y con independencia de que los ámbitos funcional y territorial de aquél coincidan o no con los del convenio cuya inaplicación se haya pactado”*. Y eso sucederá tanto si el convenio inaplicado fuera sectorial y el nuevo fuera de empresa, de centro de trabajo, de grupo de empresa o de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas, y también al revés, si el convenio inaplicado fuera sectorial provincial y el nuevo fuera sectorial estatal o autonómico <sup>1461</sup>. Pero también pudiera ocurrir que, efectuado un descuelgue de convenio sectorial estatal, se negociara un nuevo convenio de ámbito autonómico a tenor de la regla de concurrencia del art. 84.3 ET, siempre que no existiera un acuerdo ex art. 83.2 ET en contrario. En éste último supuesto, lo lógico sería pensar que el acuerdo de inaplicación perdería su vigencia en caso de coincidencia de materias y divergencia en el sentido de la

---

a la vigencia del convenio y planteaba dudas sobre inclusión de prórrogas de vigencias y de ultraactividad.

<sup>1459</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 159 *“En tal sentido y por lo pronto, se amplía la duración del acuerdo de inaplicación, que puede ahora desvincularse por completo de la vigencia del convenio objeto de descuelgue, estableciéndose como plazo máximo el de la entrada en vigor en la empresa de un nuevo convenio”*

<sup>1460</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 113. En similares términos, GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 93 y 94.

<sup>1461</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 165.

regulación, pérdida de vigencia que también se produciría en el escenario de negociación *ante tempus* del convenio inaplicado ex art. 86.2 ET <sup>1462</sup>.

En segundo lugar, podría plantearse la incidencia a estos efectos de la suscripción de acuerdos parciales durante la renovación de un convenio colectivo de ámbito superior al de la empresa a tenor de la posibilidad conferida en el art. 86.3 ET.

En puridad, no estando ante el supuesto previsto en la norma de encontrarnos ante un nuevo convenio colectivo aplicable en el sentido estricto del término, en principio estos acuerdos parciales pactados en la renovación del convenio supraempresarial inaplicado no deberían afectar al acuerdo de descuelgue pactado en el nivel inferior de la empresa en las materias coincidentes, dado que los sujetos legitimados para la negociación no son los mismos en uno y otro supuesto <sup>1463</sup>. En consecuencia, no tratándose de un nuevo convenio en cuanto tal, a nuestro juicio el legislador otorga preferencia aplicativa al acuerdo de empresa ex art. 82.3 ET.

En tercer lugar, relacionado con la duración del descuelgue, se nos plantea igualmente el interrogante en relación a si existe algún plazo concreto o no para acogerse a la medida del descuelgue.

En este sentido, no existiendo previsión limitativa alguna en la norma, a nuestro juicio el empresario no puede verse sometido a plazo alguno para su solicitud, encontrándose facultado para instar el descuelgue al actualizarse el presupuesto legal habilitante y sin que en esta materia los convenios colectivos puedan establecer restricciones sobre el particular, al tratarse de una regulación de derecho necesario. No obstante, en el supuesto de alegarse la causa económica consistente en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas durante dos trimestres consecutivos, cabe entender que el empresario dispondrá de un plazo de menos de tres meses desde el último en el que se detectara aquélla disminución, por remisión al Reglamento en materia de despidos colectivos <sup>1464</sup>. A salvo que obviamente siga persistiendo la disminución <sup>1465</sup>.

---

<sup>1462</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo", en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 402.

<sup>1463</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o "descuelgue" del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 136: "no está clara la incidencia que este tipo de acuerdos puede llegar a tener sobre el acuerdo de inaplicación del convenio. Desde luego no se trata de un nuevo convenio aplicable en la empresa, por lo que no es claro que se haya producido la circunstancia a la que la norma vincula la duración del acuerdo de descuelgue. No habría aún un nuevo convenio aplicable"... Si el convenio inaplicado es supraempresarial, no afectará al acuerdo de descuelgue porque los sujetos legitimados para negociar esos acuerdos parciales ex art. 86.3 ET no son los mismos que los legitimados para el descuelgue: "Esta circunstancia puede justificar que se defienda que esos acuerdos parciales no tengan por qué afectar a la empresa en la que en definitiva ese convenio que se está renegociando no está siendo de aplicación, salvo lógicamente que las materias a las que alcancen los acuerdos parciales de los sujetos negociadores no coincidan con las que están siendo objeto de descuelgue en la empresa".

<sup>1464</sup> Art. 4.4 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y de reducción de jornada: "Cuando la situación económica negativa alegada consista en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el empresario deberá aportar, además de la documentación prevista en el apartado 2, la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos

Cuestión distinta es la de la inmediatez entre la detección de las causas, la negociación en período de consultas y la puesta en marcha del proceso en alguna de sus fases, por ejemplo mecanismos de solución del conflicto.

En este sentido, no son infrecuentes desestimaciones de solicitudes de inaplicación instadas ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos con el argumento de haberse dejado transcurrir un período de tiempo más que prudencial entre la negociación en el período de consultas y la solicitud de intervención del órgano tripartito. El argumento es simple, en estos supuestos de dilación infundada, quiebra la exigible conexión de funcionalidad entre la medida propuesta y las causas desvirtuándose la negociación previa<sup>1466</sup>.

---

*ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, ..."*

<sup>1465</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o "descuelgue" del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 141.

<sup>1466</sup> Decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos de fecha 1 de agosto de 2013, en expediente de inaplicación 14/2013, fundamento de derecho cuarto: *"De los datos obrantes en el expediente que está siendo objeto de análisis, se constata que la solicitud de inaplicación que se presenta ante esta CCNCC tuvo lugar el 02.07.2013; que el período de consultas se inició el 21 septiembre de 2012, llevándose a cabo dos reuniones más en fechas 01.10.2012 y 03.10.2012. Y que toda vez que no se alcanzó un acuerdo, se acude a la Comisión Paritaria y al TAMIB en fechas 03.12.2012 y 02.01.2013, finalizando ambas igualmente sin avenencia. Es obvio que se han seguido todos los trámites legales que rigen el procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en un Convenio Colectivo. Pero resulta igualmente notorio y evidente, dado el transcurso del tiempo entre que se inicia el proceso de negociación y el momento en que se presenta la solicitud ante esta CCNCC, que las circunstancias que motivaron inicialmente la decisión empresarial de inaplicación -y que fueron objeto de análisis y debate en el período de consultas-, han podido variar y ser sustancialmente diferentes de las actuales. En este sentido, se entiende que el plazo que transcurre entre la finalización de las negociaciones y/o mediación ante el órgano de solución extrajudicial de conflictos y la presentación de la solicitud ante la CCNCC ha de ser razonable. Así lo ha entendido la propia jurisprudencia: el Fundamento Jurídico Séptimo de la Sentencia de la Audiencia Nacional 15/2013, de 28 de enero, dispone que uno de los cometidos de la CCNCC es el de "constatar si concurrían las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad exigidas entre las causas y la medida tomada..." En el caso de autos, la Audiencia Nacional entiende que no procede la inaplicación del convenio solicitada a la CCNCC debido a que "no se han producido alteraciones -en cuanto a la causa económica- que justifiquen un sacrificio para los trabajadores." Dado que la medida de inaplicación analizada se fundamenta, en el presente supuesto, en causas económicas, se entiende que no sería razonable la presentación de solicitud a esta CCNCC habiendo transcurrido 6 meses desde el inicio del período de consultas, ya que ello podría implicar un cambio sustancial de la situación económica de la empresa. Es decir, en el presente supuesto la conexión de funcionalidad se habría quebrado por el transcurso de siete meses, vaciándose de contenido el período de consultas. Si lo que se pretende es la efectividad de la medida de inaplicación deberá ajustarse lo más posible a la situación económica real de la empresa. Por esta razón, cuanto menor sea el tiempo transcurrido entre el desarrollo de las negociaciones y/o mediaciones previas y la presentación de la solicitud a la CCNCC, más ajustada podrá ser la medida de inaplicación planteada a la situación económica real y actual de la empresa. A fin de cuentas, las medidas de inaplicación introducidas por la Ley de la Reforma Laboral de 2012 tienen como objetivo último evitar despidos colectivos y su sentido será, por tanto, el de encontrar una fórmula o medida de ahorro ajustada a la situación económica de la empresa en cada momento. En consecuencia, se entiende que la presentación de la solicitud a la CCNCC siete meses después de que finalizara el arbitraje ante el TAMIB excede de los límites temporales razonables, quedando de tal manera desvirtuado el objeto de la negociación del período de consultas inicial." En igual sentido, en los expedientes de inaplicación 17 y 21 /2013*

Continuando con las dudas interpretativas, la norma no resuelve qué sucederá en el supuesto de un acuerdo de descuelgue pactado inicialmente por una duración equivalente a la duración inicial del convenio colectivo pero sin referencia alguna a su posible prórroga en el período de ultraactividad.

Para determinada doctrina <sup>1467</sup>, habría que estar al tenor literal del acuerdo de descuelgue pactado por lo que, de no haberse previsto expresamente su prórroga, no podría imponerse ésta al no resultar de aplicación la regla en materia de vigencia del convenio contenida en el art. 86 ET.

A nuestro juicio, es ésta una interpretación excesivamente rigorista, que contradice el tenor literal de la norma y que choca con la conclusión anterior en el sentido de extender la duración del descuelgue más allá de la duración inicial pactada del convenio durante su ultraactividad. No obstante, exclusivamente para el supuesto de “autodescuelgue”, se apunta desde determinado sector doctrinal que dadas las posibilidades para denunciar el convenio o para instar su revisión, pretender mantener un acuerdo de descuelgue en ultraactividad sin haberse pactado expresamente su prórroga a estos efectos no parece muy acorde a las reglas de la buena fe negocial <sup>1468</sup>.

En puridad, insistimos, la norma vincula duración máxima del descuelgue con entrada en vigor de un nuevo convenio, por lo que a juicio cabría defender una prórroga del acuerdo de descuelgue en la situación de ultraactividad del convenio pese a no haberse pactado expresamente en cuanto apéndice de éste.

En quinto lugar, tampoco resuelve la norma el posible efecto en el acuerdo de inaplicación o en la decisión sustitutiva del transcurso del plazo máximo de un año desde la denuncia del convenio a tenor de la nueva regulación de la ultraactividad prevista en el art. 86.3 párr. 4º ET.

Ante el silencio legal, se propone como causa extintiva del acuerdo de descuelgue la del transcurso del plazo provisional de un año de ultraactividad <sup>1469</sup>, pues no obedecería a lógica

---

<sup>1467</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 13: al no aplicarse las reglas generales del 86 ET, “habrá que estar por lo tanto a lo que el propio acuerdo disponga, de manera que si la prórroga no está prevista no pueda imponerse por ninguna de las partes”. Por tanto, en materia de sucesión, de no haber previsión expresa en el acuerdo, a la finalización de la duración pactada sin “programación” de la “convergencia”, “lo lógico es pensar que el convenio, hasta ese momento desplazado, vuelva a aplicarse de modo automático en todos sus términos”

<sup>1468</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 117 y 118, no existe base para defender que no pueda procederse al descuelgue en prórroga o ultraactividad, “si bien es claro que mantener la inaplicación disponiendo de posibilidades de denunciar el convenio o sin colaborar en su pronta revisión pueden ser circunstancias contrarias al principio de buena fe”

<sup>1469</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 159: “En todo caso, esta previsión legal ha de entenderse en conexión con el art. 86.3 ET. Así, la pérdida de vigencia del convenio inaplicado a results del plazo de la prórroga provisional de una año habrá de configurarse, de existir convenio de ámbito superior, como causa extintiva del acuerdo de descuelgue.”. En esta línea, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch,

alguna el mantenimiento de un régimen de excepción a un convenio colectivo que ya no se encontrara vigente. No obstante, existe en la doctrina alguna posición en contrario <sup>1470</sup>, que no compartimos, desde la perspectiva de que el acuerdo es “apéndice” del convenio como mantuvimos al referirnos a su naturaleza jurídica <sup>1471</sup>.

En todo caso, la lectura siempre con las cautelas en relación con la pérdida de vigencia del convenio derivadas de la interpretación de la nueva regulación de la ultraactividad prevista en el art. 86.3 párr. 4º ET efectuadas hasta la fecha en la doctrina judicial mayoritaria <sup>1472</sup>, confirmada recientemente por el Alto Tribunal <sup>1473</sup>.

Tampoco se pronuncia la norma en relación a las posibilidades de plantear una posible convergencia, o incluso el retorno a la situación previa al acuerdo de inaplicación, durante la duración inicialmente convenida en el supuesto de que antes de llegar a término desaparecieran las razones económicas, técnicas, organizativas o productivas habilitantes.

En estos términos, como hemos concluido a la hora de referirnos a la eficacia jurídica del acuerdo de inaplicación, a nuestro juicio la eficacia jurídica normativa del acuerdo impediría la recuperación automática de las condiciones de trabajo inaplicadas, a salvo lógicamente que se instara una negociación al efecto. A falta de pacto, la única posibilidad teórica para el solicitar el “recuelgue” sería por tanto la de instar el correspondiente conflicto colectivo <sup>1474</sup>.

Para terminar, se nos plantea un último interrogante en relación con la posibilidad de prorrogar el acuerdo de descuelgue más allá de la entrada en vigor del nuevo convenio aplicable en la empresa.

---

Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p 118: *“hay que entender que el descuelgue no continuará siendo aplicable. Lo contrario conduciría al absurdo de postular la aplicabilidad de unas condiciones sustitutivas de las del convenio que ha desaparecido”*.

<sup>1470</sup> GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 95: *“Pues bien, si no hay convenio superior, dada la actual regulación de la eficacia temporal del descuelgue, al no fijar un plazo máximo absoluto, nos encontraríamos que el acuerdo de descuelgue sigue siendo de aplicación sin límite temporal alguno”*

<sup>1471</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998, p. 168: *“Aunque el objeto y la razón de ser de estos acuerdos es la ruptura del convenio y su adaptación a la empresa, no por ello dejan de tener permanentemente esa referencia: son, por decirlo de otra manera, apéndices del convenio”*

<sup>1472</sup> Por todas, ilustrativa a estos efectos la Sentencia nº 1526/2014 dictada la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 29 de julio de 2014, en recurso 1392/2014, Ponente Manuel Díaz de Rabago Villar.

<sup>1473</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 19 de diciembre de 2014, en recurso 264/2014.

<sup>1474</sup> GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 93.



En este sentido, la respuesta no puede ser sino negativa, exigiéndose un nuevo acuerdo al respecto <sup>1475</sup>. Primero porque nos encontramos ante una institución que por su naturaleza excepcional se presenta como temporal y provisional <sup>1476</sup>. Segundo porque es la propia norma la que vincula la duración máxima del descuelgue a la vigencia máxima del convenio colectivo objeto de la inaplicación. En tercer lugar, porque ningún sentido tendría mantener un acuerdo de inaplicación sobre el presupuesto de unas condiciones que puede que ni siquiera se encontraran ya vigentes tras la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo.

## **2.2.- La entrada en vigor del acuerdo de inaplicación y su posible eficacia retroactiva**

Si nos referimos a la problemática en relación con la entrada en vigor del descuelgue, no hay duda de que tanto el acuerdo de inaplicación como la decisión sustitutiva presentan una eficacia constitutiva <sup>1477</sup>, no produciendo efectos la inaplicación del convenio sino desde el momento en que se alcanzara el acuerdo o se dictara la correspondiente decisión <sup>1478</sup>.

De este modo, se descarta la aplicación del descuelgue con efectos desde el momento de la solicitud o del inicio del período de consultas. En este sentido resulta plenamente aplicable al acuerdo de descuelgue la doctrina elaborada a propósito de la validez de los convenios colectivos desde su suscripción <sup>1479</sup>, más aún cuando en el supuesto del acuerdo de inaplicación no se prevé ni la publicación ni el registro, tan solo el depósito.

---

<sup>1475</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “Los acuerdos de empresa”, ponencia presentada a las VIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, junio 1995, pág. 68 y 69, “*su duración está limitada en el tiempo al de la vigencia del convenio que se modificó, de modo que para el mantenimiento en la empresa de las condiciones modificadas será necesario en su momento un nuevo acuerdo o un acuerdo de prórroga del acuerdo anterior*”. En igual sentido, POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, www.westlaw.es, BIB 2012\3079, p. 12: “*Es decir, el acuerdo de descuelgue no puede prorrogarse, de manera que habría de procederse a la negociación de un nuevo acuerdo.*”.

<sup>1476</sup> MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012”, *Aranzadi Social* núm. 9/2013 (informes), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, www.westlaw.es, BIB 2013\14, p. 7: “*La inaplicación de convenio por definición es temporal, provisional y transitoria, por cuanto no es posible tenga carácter permanente, no pudiendo prolongarse más allá del momento de aplicación de un nuevo convenio colectivo, previsión la del legislador a todas luces razonable pues una vez que el convenio deja de estar vigente deberán aplicarse las condiciones del nuevo convenio o procederse a un nuevo procedimiento de inaplicación salarial, pero en relación con el nuevo convenio colectivo, ya que no parece sea posible una nueva prórroga del descuelgue. Es decir, el acuerdo de descuelgue no puede prorrogarse, de manera que habría de procederse a la negociación de un nuevo acuerdo*”

<sup>1477</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 117, “*El acuerdo se considera constitutivo y también lo es el laudo o decisión que se emita tras el fracaso de las consultas*”

<sup>1478</sup> Suficientemente ilustrativo al respecto laudo arbitral dictado por Carmen Ortiz Lallana en expediente de inaplicación 29/2013 seguido ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos que estima petición de descuelgue salarial desde el momento de dictarse el laudo a fecha 3 de febrero de 2014 hasta 31 de marzo de 2014, p. 26 y 27, a pesar de constar como fecha del inicio del período de consultas la de 2 de octubre de 2013.

<sup>1479</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 10/2013, de fecha 23 de enero de 2014, en recurso 422/2013, Ponente Ruiz Jarabo, F.J. 1º en la que se hace referencia a doctrina judicial en el sentido de

No obstante, se plantea cierta problemática en relación a la posible eficacia retroactiva del acuerdo, retroactividad fundamentalmente a raíz de solicitudes de inaplicación salarial en supuestos de actualización de salarios como consecuencia de cláusulas de revisión pactadas, pero que en puridad podría plantearse de cualquiera otra condición o materia modificable susceptible de tener eficacia retroactiva.

En este debate, partimos de la regla general en el sentido de que en nuestro ordenamiento laboral no rige el principio de la irretroactividad absoluta, sino el de la irretroactividad relativa o parcial, siendo de este modo posible la retroactividad siempre con las limitaciones que se derivan del art. 9.3 de la CE <sup>1480</sup>. De la doctrina constitucional se extrae la conclusión de que no existiría infracción del art. 9.3 CE en los supuestos de retroactividad en grado mínimo, mientras que sí que la habría en los supuestos de retroactividad en grado máximo o auténtica,

---

que ni el registro ni la publicidad son requisitos determinantes para la validez del convenio estatutario desde la perspectiva de que estos pueden ser conocidos y difundidos de forma inmediata por las representaciones negociadoras y de la de que el art. 90.1 ET sólo prevé la sanción de nulidad para el caso de la falta de redacción escrita, no para el supuesto de inobservancia de los demás requisitos de comunicación a la autoridad laboral, registro o publicación.

<sup>1480</sup> En el F.J. 6º de la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional número 174/2013, de fecha 30 de septiembre, en recurso 349/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana García se efectúa un repaso de la doctrina constitucional al respecto contenida fundamentalmente en la STC 197/1992: *"En nuestro ordenamiento jurídico no rige el principio de irretroactividad absoluta, sino el principio de irretroactividad relativa o parcial. Es decir, que es posible la retroactividad con las únicas limitaciones que se derivan del art. 9.3 de la Constitución -'irretroactividad de las disposiciones sancionadores no favorables o restrictivas de derechos individuales-. Fuera de los casos establecidos en el art. 9.3 de la Constitución la retroactividad es posible, pues como sostiene la STC 27/1981 'el ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado' y por ello, fuera de los casos previstos en el art. 9.3 de la Constitución 'nada impide constitucionalmente que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno'. La doctrina de la retroactividad y sus límites -explícitos los establecidos en el art. 9.3 de la Constitución e implícitos ( causa finitae )- es compleja-. El Tribunal Constitucional suele distinguir tres tipos de retroactividad la máxima, la media y la mínima. También diferencia entre retroactividad auténtica e impropia. Hay retroactividad en grado máximo cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no; una retroactividad de grado medio cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados; y una retroactividad de grado mínimo cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior - STC 43/1982 y 6/1983 -. Pues bien, poniendo en conexión la teoría de los grados de retroactividad con el art. 9.3 de la Constitución el Tribunal Constitucional diferencia entre retroactividad auténtica e impropia. Sosteniendo que hay retroactividad auténtica 'cuando se pretendiesen 'anudar efectos jurídicos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la Ley y ya consumadas' e impropia cuando 'se afectasen situaciones jurídicas actuales y aún no concluidas' - STC 197/1992 -. Combinando lo anterior el Tribunal mantiene que no existe infracción del art. 9.3 en los supuestos de retroactividad mínima; que existe infracción del art. 9.3 de la en los supuestos de retroactividad máxima o auténtica; y que en los supuestos de retroactividad impropia o en grado medio, la licitud o ilicitud de la medida retroactiva dependería de una ponderación de bienes que tuviese en cuenta ciertamente la seguridad jurídica, pero también las circunstancias del supuesto" - STC 197/1992 -. Sosteniendo el Tribunal que, en todo caso, la prohibición de la retroactividad únicamente es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, las llamadas "relaciones consagradas" - STC 27/1981 - y no a los pendientes, futuros, condicionados o expectativas - SSTC 129/1987 y 70/1988 -. Este criterio, ha sido también seguido por el Tribunal Supremo diferencia entre derechos nacidos y agotados o no agotados - STS (Soc) de 29 de diciembre de 2004 (Rec. 106/2003 )-."*

dependiendo la licitud o ilicitud de la medida en los supuestos de retroactividad impropia o en grado medio de “una ponderación de bienes que tuviese en cuenta ciertamente la seguridad jurídica, pero también las circunstancias del supuesto” <sup>1481</sup>. En esta interpretación constitucional, la prohibición de la retroactividad únicamente sería aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, las llamadas “relaciones consagradas” <sup>1482</sup> y no a los pendientes, futuros, condicionados o expectativas <sup>1483</sup>, criterio que es compartido también por el Tribunal Supremo al diferenciar entre derechos nacidos y agotados o no agotados <sup>1484</sup>.

Poniendo en relación esta doctrina con el supuesto de aplicaciones retroactivas en materia de descuelgues salariales, con anterioridad a la reforma laboral determinada doctrina judicial se había pronunciado en el sentido de la no eficacia retroactiva del acuerdo de descuelgue salarial a tenor del anterior art. 82.3 ET <sup>1485</sup>. En esta línea, son constantes las resoluciones judiciales que igualmente declaran la irretroactividad tras la nueva redacción del precepto <sup>1486</sup>, lo mismo que las decisiones o laudos en el procedimiento ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos <sup>1487</sup>, posición ésta que se comparte unánimemente entre la doctrina

---

<sup>1481</sup> STC 197/1992.

<sup>1482</sup> STC 27/1981

<sup>1483</sup> SSTC 129/1987 y 70/1988

<sup>1484</sup> STS de 29 de diciembre de 2004

<sup>1485</sup> Entre otras, Sentencia F.J. 3º de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La-Mancha de 28 de mayo de 2002, en recurso 662/2001: “Finalmente, sólo queda analizar si es viable que ese Acuerdo de descuelgue sería posible que tuviera efectos retroactivos, y en el caso analizado, en cuanto que suscrito en 17-1-2000, si es aceptable, como se pretende, darle efectos desde la campaña 1998-1999 (hecho probado cuarto). **Inexistente previsión normativa al respecto, no parece que pueda aceptarse que se le otorgue por las partes efectos retroactivos, dado el tenor restrictivo con que tales acuerdos deben de ser interpretados, de tal modo que incida sobre salarios ya devengados, aunque los mismos no hayan sido aún percibidos. O, menos aún, si se abonaron ya con arreglo a la cuantía convencional. Esto supone que los salarios devengados hasta la fecha del acuerdo de descuelgue, debían de abonarse de conformidad con el salario establecido en el Convenio Colectivo de aplicación. Y en ese sentido, iniciado lo reclamado en demanda en noviembre de 1999, deben de estimarse las diferencias hasta la fecha de suscripción del acuerdo entre el Comité de Empresa y la dirección de la demandada. Sin que sea viable descontar las cantidades a que se refiere la Sentencia en el hecho probado séptimo, como alternativamente se pretende por la empleadora impugnante del recurso, en cuanto que las mismas nada parece que tengan que ver con lo reclamado.**” En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 8 de marzo de 2012, rec. 3996/2012, F.J. único in fine: “Sobre la concreta cuestión de si lo dispuesto en esa norma puede o no aplicarse con efectos retroactivos, es decir, para un momento anterior a la solicitud de descuelgue, ya se ha pronunciado esta Sala en sendas sentencias, la primera de ellas de 1 de diciembre de 2011, y la segunda de 17 de enero de 2012 (JUR 2012, 83023), dictadas ambas en procedimiento de Única Instancia seguidos por Conflicto Colectivo. Igualmente, se ha pronunciado en idéntico sentido esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Granada, en sentencia de 1 de diciembre de 2011, en la que se citaba otra dictada en el Rollo 2412/11. **En todas ellas se niega la posibilidad mantenida ahora por el recurrente, descartándose que lo previsto en ese precepto convencional pueda aplicarse a ejercicios anteriores a la solicitud.**” (Negrita del que suscribe)

<sup>1486</sup> Por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de febrero de 2013 en recurso 357/2012 o de 30 de septiembre, en recurso 349/2013 Ponente Manuel Fernández-Lomana García.

<sup>1487</sup> Se puede consultar en este sentido argumentación contenida en el fundamento jurídico quinto, p. 18 en laudo arbitral emérito por Faustino Cavas en expediente de inaplicación 24/2013 en el que a

científica que se pronuncia igualmente en favor de la no eficacia retroactiva del acuerdo de inaplicación<sup>1488</sup>, no pudiendo afectar a salarios ya devengados que no hubieran sido percibidos aún<sup>1489</sup>.

A falta de previsión legal *ad hoc*, descartándose la aplicación de los acuerdos de descuelgue con efectos retroactivos a salarios ya devengados al considerarse un derecho individual de los trabajadores<sup>1490</sup>, se considera que los efectos del descuelgue no tendrán lugar sino desde que

---

propósito de la petición empresarial se desestima la pretensión de retroactividad en base al art. 9.3 CE y al art. 2.3 del Código Civil remitiéndose a expedientes 5/2013, de 24 de mayo, 6/2013, de 28 de junio, 8/2013, de 8 de julio, todos ellos mediante decisión de la Comisión, o a los laudos 16/2013, de 31 de julio o 20/2013, de 10 de octubre ; en la misma línea, laudo arbitral dictado por Carmen Ortiz Lallana en expediente de inaplicación 29/2013 seguido ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, p. 21 a 25.

<sup>1488</sup> MERCADER UGUINA, J.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012. La empresa como nuevo centro de gravedad”, en GARCÍA-PERROTE. I Y MERCADER, J. (dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 365; PEDRAJAS, A., SALA, T. y MOLERO, C.: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 29; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo”, en THIBAULT, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012, p.245; ROQUETA BUJ, R.: “La modificación de las condiciones de trabajo”, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 60; GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 117; CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 136.

<sup>1489</sup> POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 11, “En lo que sí no cabe duda es que no se pueden atribuir efectos retroactivos al acuerdo de inaplicación de las condiciones, de modo que no puede afectar a, por ejemplo, salarios ya devengados, aunque aún no hayan sido percibidos, todo ello, por el principio de seguridad jurídica, y porque la «exégesis del precepto no permite un descuelgue salarial retributivo con carácter retroactivo, sino de futuro», pues de lo contrario, se obligaría a los trabajadores a devolver parte de los salarios recibidos. En definitiva, con la aplicación del descuelgue las expectativas del mismo son de futuro por cuanto no pueden operar sobre salarios o condiciones que han sido disfrutadas en los años precedentes, incluso aunque se trate de salarios ya devengados, pero no percibidos . Es más, la inaplicación del régimen salarial, esto es, los efectos del descuelgue no tienen lugar desde la mera puesta en marcha del procedimiento tendente a la consecución del descuelgue, sino que mientras se tramita el citado procedimiento se deben aplicar las condiciones del convenio colectivo, y sólo cuando se llegue al acuerdo tendrá efectos el descuelgue”, alude a STSJ Andalucía, de 1 de diciembre de 2011 (JUR 2012, 60742) , rec. núm. 2525/2011. En el mismo sentido se pronuncian las SSTSJ Andalucía, de 8 de marzo de 2012 (AS 2012, 1361) , rec. núm. 8996/2011; Andalucía de 17 de enero de 2012 (JUR 2012, 83023) , rec. núm. 13/2011, incluso aunque se trate de salarios ya devengados y no percibidos, STSJ Castilla-La Mancha, de 28 de mayo de 2002 (AS 2002, 2750) , rec. núm. 662/2001 o, más allá, sólo desde la finalización del propio procedimiento de descuelgue, SSTSJ Baleares, de 28 de febrero de 2002 (AS 2002, 1358) , st. núm. 123/2002; Baleares, de 18 de febrero de 2002 (AS 2002, 1220), st. núm. 100/2002.

<sup>1490</sup> En éste sentido, nos remitimos a F.J. 5º del Auto número 16/2013, de fecha 1 de marzo de 2013, dictado por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en demanda 322/2012, Ponente San Martín Mazzucconi, a tenor del que se plantea cuestión de inconstitucionalidad a propósito de supresión de paga extra ex RD Ley 20/2012: “Con este marco, lo primero que ha de despejarse es **si estamos ante un**

se concluyera el acuerdo<sup>1491</sup>. O, en su caso, desde el momento en que se resolviera la solicitud de inaplicación<sup>1492</sup>, otorgándoseles carácter constitutivo.

---

**derecho individual en el sentido apuntado por el Tribunal Constitucional** desde esa consideración restrictiva, lo que entendemos que merece una respuesta positiva. Los derechos retributivos pertenecen a esa esfera general de protección de la persona, en concreto consagrados en el art. 35 CE cuando dispone que “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores”. El texto constitucional está reconociendo el derecho a la remuneración suficiente, lo que en principio se correspondería tan solo con la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional, tal como defiende el Abogado del Estado en sus alegaciones. Sin embargo, el art. 35.1 CE también alude al derecho al trabajo, siendo una de las notas esenciales de este último su carácter remunerado (art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores). Si no hay servicios retribuidos no hay trabajo en sentido técnico jurídico, y dicha retribución viene recogida en el art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores como “la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo”. Igualmente, el art. 35.1 CE reconoce el derecho a la promoción a través del trabajo, que nos vuelve a llevar al Estatuto de los Trabajadores, en cuyo art. 25 se regula la “Promoción económica”, según la cual “1. El trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual. 2. Lo dispuesto en el número anterior se entiende sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente”. Finalmente, el art. 35.2 CE encomienda al legislador ordinario la regulación de un Estatuto de los Trabajadores, lo que no solo refuerza de modo decisivo el anclaje constitucional de los arts. 1.1, 25 y 26.1 del citado Estatuto, sino que lo extiende a toda la sección IV de esta norma ordinaria, relativa a “Salarios y garantías salariales”, en cuyo art. 31 sobre “gratificaciones extraordinarias”, se reconoce que “El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones. No obstante, podrá acordarse en convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades”. -La regulación del salario contenida en el Estatuto de los Trabajadores, incluido su art. 31, es de aplicación en el caso que nos ocupa, por cuanto el art. 27 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, establece que “las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 21 del presente Estatuto”, precepto este último que vincula las retribuciones a los límites fijados en las Leyes de Presupuestos-. En coherencia con esta concepción de la retribución como derecho que pertenece a la esfera general de protección de la persona más allá de su estricta cuantía mínima interprofesional, **el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo con naturalidad su encaje en el supuesto de hecho del art. 9.3 CE**, incluso ante normas que, como la ahora analizada, se inspiran en la finalidad de contención del gasto público mediante la reducción retributiva”... **“En definitiva, pues, consideramos que se cumple el presupuesto básico del art. 9.3 CE, que es que nos encontremos ante derechos individuales amparables por el principio de interdicción de retroactividad”** (Negrita del que suscribe). Criterio confirmado en fundamento jurídico decimotercero del Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 2 de abril de 2014, en recurso 6372013, Ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 2.1, 2.2.1 y 3.1 del Real Decreto Ley 20/2012 en relación con supresión de paga extra de Navidad de funcionario adscrito al Tribunal Constitucional por posible infracción de la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales que garantiza el art. 9.3 CE y del principio de seguridad jurídica.

<sup>1491</sup> MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012”, Aranzadi Social núm. 9/2013 (informes), , Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, www.westlaw.es, BIB 2013\14, p. 7: “No se pueden atribuir efectos retroactivos al acuerdo de inaplicación de las condiciones, de modo que no puede afectar a, por ejemplo, salarios ya

Dicho esto, en reciente doctrina judicial se modula el criterio a la vista de ciertos elementos concurrentes en un concreto supuesto en el que se trataba de amparar un acuerdo refrendado mayoritariamente en el contexto de un expediente de regulación de empleo en el que se había acordado, entre otras, una medida de descuelgue consistente en renuncia a regularización y abono derivado de revisión salarial 2012 <sup>1493</sup>. En este contexto, no estando ante un procedimiento de inaplicación convencional puro sino ante un acuerdo de mediación en el contexto de un despido colectivo en el que se contemplaban varias medidas, entre ellas el descuelgue salarial, no pudiendo escindirse unas de otras sin romperse el delicado equilibrio subyacente en el acuerdo, la valoración de si se trataba de una medida restrictiva de derechos

---

*devengados, aunque aún no hayan sido percibidos, todo ello por el principio de seguridad jurídica y porque la «exégesis del precepto no permite un descuelgue salarial retributivo con carácter retroactivo, sino de futuro», pues de lo contrario, se obligaría a los trabajadores a devolver parte de los salarios recibidos. En definitiva, con la aplicación del descuelgue las expectativas del mismo son de futuro por cuanto no pueden operar sobre salarios o condiciones que han sido disfrutadas en los años precedentes, incluso aunque se trate de salarios ya devengados, pero no percibidos. Es más, la inaplicación del régimen salarial, esto es, los efectos del descuelgue no tienen lugar desde la mera puesta en marcha del procedimiento tendente a la consecución del descuelgue, sino que mientras se tramita el citado procedimiento se deben aplicar las condiciones del convenio colectivo, y sólo cuando se llegue al acuerdo tendrá efectos el descuelgue.»*

<sup>1492</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 387: “Lo que la nueva redacción del art. 82.3 ET tampoco clarifica es a partir de qué momento produce sus efectos el acuerdo de descuelgue salarial y si en su caso puede establecer su aplicación retroactiva, por ejemplo, al momento de la solicitud empresarial de negociación del acuerdo correspondiente. Todo parece indicar que el acuerdo producirá sus efectos en el momento en que se resuelve la solicitud de inaplicación, de ahí el empeño de incorporar en la ley un plazo breve para solventar el procedimiento conducente a la adopción del acuerdo”

<sup>1493</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 169/2013, de fecha 25 de septiembre, en recurso 313/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana García, F.J. 5º: “Téngase presente que no estamos realmente ante un procedimiento de inaplicación convencional puro, sino que el descuelgue se integra en un acuerdo de mediación que contempla medidas diversas, siendo aquella una más, todas ellas integradas en un pronunciamiento global -como expresamente mantuvimos en SAN 4-7-13 - orientado a evitar y paliar las consecuencias de los despidos a través de una batería de medidas, que no pueden escindirse unas de otras sin romper el delicado equilibrio que en él subyace, claramente apreciable en un pacto de contenido tan preciso y breve como el que examinamos. Puede decirse que, formal y materialmente, lo que el mediador ofreció a las partes es una disposición que aglutina un conjunto de medidas, con sus pesos y contrapesos. No estamos ante decisiones aisladas, sino ante una única propuesta que solo podía ser considerada en su conjunto, puesto que, una vez presentada por el mediador, debía aceptarse o rechazarse íntegramente, no siendo siquiera susceptible de ulterior negociación de alguno de sus extremos. Desde esta perspectiva, la valoración de si estamos ante una disposición restrictiva de derechos que, por tanto, no podría aplicarse retroactivamente, ha de proyectarse no sobre cada uno de los apartados del acuerdo, que no tienen entidad independiente y sólo permiten estructurar su contenido, sino sobre su consideración global, sobre el resultado neto del mismo. Porque la nulidad de uno de sus apartados comportaría, seguramente, la caída del acuerdo en su totalidad, que perdería sentido al quedar roto el delicado juego de contrapesos que en su acotado y ajustado seno se alberga. Y lo cierto es que no se ha alegado ni acreditado que el acuerdo deba valorarse como restrictivo de derechos, lo que es lógico teniendo en cuenta que en su virtud, a cambio de contrapartidas de flexibilidad interna, una parte importante de los trabajadores cuyos empleos estaban condenados a la extinción, ha conseguido mantenerlos, cumpliendo así, al menos parcialmente, el principal objetivo de la negociación, cual era evitar despidos.”

ex art. 9.3 CE no había de proyectarse sobre cada uno de los apartados del acuerdo sino sobre su consideración global, concluyéndose a favor de la legalidad de la medida <sup>1494</sup>.

Pero, en todo caso, esta última doctrina judicial aludida no es sino la excepción que confirma la regla en cuanto atiende a una interpretación puntual de la regla general de la irretroactividad. Regla que habría que hacer extensiva en los términos expuestos no sólo en descuelgues salariales sino también en inaplicaciones de convenio en las que se suprimieran condiciones ya consolidadas e integradas en el patrimonio del trabajador individualmente considerado.

### 3.- EL CONTENIDO DEL ACUERDO DE INAPLICACIÓN Y REQUISITOS FORMALES

#### 3.1.- El contenido del acuerdo de inaplicación

Precisa el legislador en la redacción del art. 82.3 ET <sup>1495</sup> que en el acuerdo de inaplicación se deberán determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, así como que no podrá dar lugar al incumplimiento de obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa <sup>1496</sup>. No hay

---

<sup>1494</sup> Es por ello que la Sala en el F.J. 6º concluye lo siguiente: “Sentado lo anterior, corresponde despejar si los representantes de los trabajadores estaban legitimados para comprometer derechos individuales hasta el punto en que lo han hecho; es decir, si podían sacrificar derechos ya adquiridos por los trabajadores. El art. 3.5 ET deja claro que “Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.” Cabría plantearse si un incremento salarial establecido convencionalmente es o no disponible por los trabajadores –inclinándose la doctrina judicial mayoritaria por la respuesta afirmativa-, pero lo cierto es que aquí no nos enfrentamos a acuerdos individuales sino a un acuerdo colectivo que dispone de ese derecho individual, lo que, en principio, cruza una frontera para la que el art. 3.5 ET no habilita. Por eso no es aplicable la STSJ Extremadura de 1-2-11 citada por Iberia en el juicio, ni las que en ella se referencian, que consideran ajustado al art. 3.5 ET el que los trabajadores acuerden con la empresa, mediante instrumentos individuales, que no cobrarán la totalidad de sus salarios a cambio de mantener los puestos de trabajo en peligro por causas económicas. También ha de considerarse que, tanto el Tribunal Supremo (por ejemplo, STS 7-4-93, rec. 502/1992 ) como el Tribunal Constitucional ( STC 42/1986 ) mantienen que no cabe disponer de los derechos consolidados a título individual. Todo ello conduce a que, incluso habiéndose saltado la barrera de la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos, habría que estimar la demanda porque los representantes colectivos han dispuesto de derechos ya adquiridos por los trabajadores. Sin embargo, nuevamente las peculiaridades del caso no pueden ser obviadas. **No estamos ante una pura disposición colectiva de derechos individuales, sino ante el resultado de un proceso que el legislador ha querido articular como colectivo.**” (Negrita del que suscribe)

<sup>1495</sup> Art. 82.3 párr. 6º ET en redacción dada por art. 14 Uno de la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: “... El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. El acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa. Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo.”

<sup>1496</sup> Previsión esta última que se recupera en la redacción dada por el art. 14 de la Ley 3/2012 tras haberse suprimido en la redacción dada al art. 82.3 ET en el art. 14 del Real Decreto Ley 3/2012.

mayor previsión en este sentido, ni en cuanto al contenido, ni en cuanto a los requisitos de forma del acuerdo.

De este modo, desaparece de la redacción legal cualquier alusión a la necesaria programación en el acuerdo de la convergencia hacia la recuperación las condiciones salariales establecidas en el convenio de ámbito superior a la empresa<sup>1497</sup>, el denominado expresivamente como “recuelgue”<sup>1498</sup>, en una regulación que se ha calificado como más flexible<sup>1499</sup>. Previsión de convergencia que sí que se encontraba prevista en la anterior redacción del art. 82.3 ET pero exclusivamente para el supuesto del descuelgue salarial, no así para el descuelgue “genérico”<sup>1500</sup>, y que se había calificado como una mera posibilidad, no obligatoria, más voluntarista que real<sup>1501</sup>.

En este sentido, desde determinado sector se justifica la supresión porque la inaplicación no sólo va a afectar a convenios de ámbito superior y/o porque las materias que se pueden modificar no tienen por qué ser cuantificables<sup>1502</sup>, en lo que por algunos se califica como la

---

<sup>1497</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 159, expresamente, al respecto esa supresión de la garantía material, el autor refiere que “en los acuerdos de inaplicación salarial ya no se precisa programar de manera pactada la convergencia salarial; ahora basta, como previera implícitamente la legislación anterior, que estos pactos determinen “las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa””

<sup>1498</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*. nº 57, enero-marzo, año 2012, p. 245 acuña la expresión “recuelgue” para describir la situación de convergencia a las anteriores condiciones pactadas. No obstante, si se trata de un descuelgue por el máximo tiempo admitido y que alcanzara la duración máxima del convenio, incluyendo ultraactividad, materialmente sería inviable pensar en una convergencia con un texto que ya no estaría vigente en ese instante; si se tratara por el contrario de un descuelgue por duración inferior sí que sería viable que se produjera el “recuelgue” al convenio de referencia

<sup>1499</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p. 186.

<sup>1500</sup> Art. 82.3 párr. 5º ET en redacción dada por art. 6 Uno de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo: “El acuerdo de inaplicación deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa, estableciendo, en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación, sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el período de vigencia del convenio ni, como máximo los tres años de duración. El acuerdo de inaplicación y la programación de la recuperación de las condiciones salariales no podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género.”

<sup>1501</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, p. 113; en lo que concierne a la supresión de la obligada convergencia, el autor dice: “es verdad que más voluntarista que real” cuando de descuelgue salarial se trataba. Para GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 92: el recuelgue, en la anterior configuración “no era más que una posibilidad que el legislador ofrecía a las partes, luego no era obligatorio”.

<sup>1502</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 133.



supresión de un régimen de garantías sustantivas al imponer la regulación del régimen de convergencia un mínimo de certeza material que desaparece en la actual redacción <sup>1503</sup>.

En otra lectura, se mantiene que la supresión de la obligación de convergencia no sería más que una manifestación de la intención del legislador de transmitir a las partes la idea de que las modificaciones que ha sufrido el convenio colectivo aplicable pueden tener estabilidad hasta el máximo de su duración temporal, facilitando la devaluación en espiral de las condiciones de trabajo <sup>1504</sup>.

No obstante, tratándose de un acuerdo con vocación inicial de retorno a las condiciones de trabajo dejadas de aplicar por su propia naturaleza excepcional y transitoria <sup>1505</sup>, no creemos que el encaje sistemático de los anteriores descuelgues “genéricos” del art. 41.6 en el precepto del 82.3 ET, ni la posibilidad del “autodescuelgue” en el supuesto del salarial, sean motivos suficientes para conllevar *per se* la supresión de esta referencia legal a la necesidad de establecer una programación de la convergencia en el acuerdo, por lo que a nuestro juicio sería bienvenida una previsión expresa al efecto en la norma. En todo caso, diferenciando entre “*contenido mínimo*” y “*contenido posible*” del acuerdo, no hay obstáculo alguno para que las partes, en el uso de la autonomía colectiva que les es propia, establezcan en el acuerdo previsiones específicas incidiendo sobre aspectos sustantivos y procesales del descuelgue siempre que no contraríen obviamente el texto legal <sup>1506</sup>. Y entre ellas, por qué no, las relacionadas con la programación de la convergencia hacia las condiciones inaplicadas.

Ahora bien, en lo que se refiere al contenido del acuerdo, pese a la parquedad de la norma, existen ciertas limitaciones a la libertad de contratación, no disponiendo las partes de una libertad absoluta o incondicional en este sentido.

Así, con carácter general, si nos referimos a los aspectos sustantivos, las partes no van a poder en modo alguno establecer condiciones de trabajo que empeoren las establecidas en las leyes.

---

<sup>1503</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 159.

<sup>1504</sup> GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 92. Aún admitiendo que en la nueva redacción del art. 82.3 ET éste no se ocupa tan sólo del descuelgue salarial, no comparte que ésta puede ser la causa de la supresión de la necesaria convergencia: “*facilita que haya procesos de devaluación en espiral de las condiciones de trabajo, como mecanismo para favorecer la competitividad de las empresas, reduciéndose la posibilidad de que los trabajadores puedan volver a disfrutar de las condiciones que desaparecen*”

<sup>1505</sup> De ahí que para determinado sector el acuerdo no sea sólo de inaplicación sino de recuelgue, POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079, p. 12.

<sup>1506</sup> En este sentido, CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 130 a 134, diferencia entre contenido mínimo y contenido posible: “*Ahora bien, más allá de estas reglas legales sobre el contenido del acuerdo, nada impide que el mismo se pueda ver ampliado por voluntad de los sujetos que lo suscriben incidiendo sobre aspectos sustantivos y procesales del descuelgue (documentación a aportar por la empresa, trámites de denuncia...) sobre los que la Ley guarda silencio*”

En este sentido, si nos referimos al límite temporal, como ya hemos apuntado, la vigencia del acuerdo de inaplicación no se va a poder prolongar más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio colectivo aplicable en la empresa <sup>1507</sup>. Más allá, siendo la relación de materias susceptibles de descuelgue cerrada, como hemos manifestado a la hora de referirnos al ámbito de aplicación, tampoco sería posible un acuerdo de descuelgue que dispusiera de condiciones más allá de las reconocidas en el listado del art. 82.3 ET. Por otra parte, tampoco sería posible un acuerdo que diera lugar al incumplimiento de obligaciones establecidas en el convenio relativas a la eliminación de discriminaciones por razón de género, o las previstas en el Plan de Igualdad <sup>1508</sup>.

Más dudas se plantean en relación con la posibilidad de que, como consecuencia del acuerdo o de la decisión, se produjera un vacío de regulación sobre una concreta condición pactada en el convenio inaplicado.

En este sentido algunos autores, apoyándose en la previsión legal de la norma que impone determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, apuntan la necesidad de imponer un régimen alternativo al tratarse de una plena derogación del régimen convencional <sup>1509</sup>, no pudiendo por tanto producirse vacío de regulación alguno <sup>1510</sup>. Incluso se propugna la ilicitud de un acuerdo de descuelgue que se limitara simplemente a la inaplicación <sup>1511</sup>.

---

<sup>1507</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 164 y 165

<sup>1508</sup> GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 89 y ss: “se pretende garantizar la eficacia de las reglas antidiscriminatorias incluidas en el convenio y especialmente los mecanismos de acción positiva que se hayan podido consagrar”.

<sup>1509</sup> MERCADER UGUINA, J.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012. La empresa como nuevo centro de gravedad”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 365: “El acto o pacto de fijación de nuevas condiciones se configura así como un acto o pacto derogatorio de la regulación precedente; se trata, pues, de una plena derogación del régimen convencional que afecta a la materia o materias objeto de afectación, que impone, necesariamente, el establecimiento de un régimen alternativo”.

<sup>1510</sup> Al tratarse de un conflicto de intereses a todos los efectos sin matiz alguno, el acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, 409. En la misma línea, remarcando que “en modo alguno la inaplicación debe producir un vacío regulativo”, destacando no obstante la amplia libertad para concretar las nuevas condiciones de trabajo, ROQUETA BUJ, R.: “La modificación de las condiciones de trabajo”, en *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 59.

<sup>1511</sup> GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 88 y 89: “el principal efecto del descuelgue es la inaplicación del convenio de referencia; ahora bien, este efecto debe ir inmediatamente acompañado de una regulación que determine con exactitud las nuevas condiciones. Lo anterior significa que no es lícito un descuelgue que se limite a la inaplicación de condiciones, eso nos conduciría al vacío de reglas para el desarrollo de las

A nuestro juicio, en una interpretación que va más allá de la mera literalidad de la norma acorde a la finalidad del precepto, no encontramos motivo alguno para no mantener la validez de un acuerdo de descuelgue que se limitara a la mera inaplicación de una determinada condición de trabajo, en este sentido seguimos el criterio minoritario apuntado desde cierto sector <sup>1512</sup>. En esta lectura, no tendría sentido alguno tachar de ilegal un acuerdo de descuelgue que consistiera, por ejemplo, en la inaplicación temporal de una determinada mejora voluntaria de Seguridad Social consistente en el complemento de un subsidio de incapacidad temporal. O, por ejemplo, en la inaplicación de un determinado permiso de convenio por encima del mínimo legalmente establecido.

Por otra parte, nada se refiere en la norma respecto a la necesidad de incluir en el acuerdo de descuelgue cláusulas respecto a la salvaguarda de determinados derechos de futuro durante la duración del descuelgue, por ejemplo, en materia de indemnizaciones por futuros despidos <sup>1513</sup>. En este sentido, quizá sería conveniente desde la perspectiva de la seguridad jurídica la inclusión de cláusulas en supuestos de descuelgues salariales en las que se especificara que el *quantum* indemnizatorio a los efectos de posibles resoluciones de contratos fuera el del salario pactado en convenio antes de la inaplicación.

Tampoco se impone en la regulación legal la referencia obligada en el acuerdo de inaplicación o en la decisión a la constatación de las causas, si bien sí que se interpreta como obligatoria la alusión a los ámbitos de aplicación funcional, personal y temporal del acuerdo <sup>1514</sup>. En este sentido, estando abierto el acuerdo o decisión a posibles futuras impugnaciones, igualmente sería deseable una especificación de los motivos habilitantes en el acuerdo o decisión.

---

*relaciones laborales, objeto que no persigue el legislador, más aún, que expresamente evita al exigir que se regulen las nuevas condiciones”.*

<sup>1512</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 64: “la inaplicación no requiere, de entrada, la existencia de un régimen alternativo al que deja de ser aplicable. Ello no cambia por el hecho de que el art. 82.3 VI ET exija que el acuerdo de descuelgue determine “con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa”... “No creo que puedan ponerse en cuestión que la inaplicación puede concretarse en la desaparición de una determinada condición prevista en el convenio con la consiguiente sustitución por la prevista en las normas legales o reglamentarias de alcance general; y en la sola desaparición, caso de no existir norma legal o reglamentaria aplicable”

<sup>1513</sup> A juicio de , GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 116, no sería indispensable: “Este tipo de cláusulas no parece indispensable para garantizar las expectativas de los trabajadores afectados: sobre la base del carácter temporal del descuelgue, cabría argumentar en efecto la analogía con las reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Pero, en todo caso, no creo que estos contenidos sean obligatorios, con independencia de que puedan incluirse” En contra, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo”, en THIBAUT, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012, p. 230.

<sup>1514</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 384. En este sentido, “...en tanto ese contenido del acuerdo viene condicionado por la función “reguladora” que cumple, es lógico entender que debe incluir también una referencia a su ámbito funcional (de empresa o centro de trabajo) y personal, y a su duración...”, CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 133.

Por último, nada dice la Ley en relación a la obligatoriedad de que en el acuerdo de inaplicación se especifiquen como contenido obligatorio del mismo renuncias futuras a la puesta en marcha de determinadas medidas de flexibilidad externa durante la vigencia del descuelgue por lo que, ante el silencio en la norma, no compartimos el criterio de determinada doctrina que vincula unas medidas con las otras <sup>1515</sup>. Más aún cuando los presupuestos legales habilitantes podrán variar de futuro.

### *3.2.- Requisitos formales del acuerdo de inaplicación*

En cuanto a los requisitos de forma, no hay en la norma regla alguna para el supuesto del acuerdo alcanzado en la primera fase del procedimiento en el período de consultas, más allá de la obligación de notificación a la comisión paritaria del convenio. En todo caso, en pura lógica se interpreta la exigencia de forma escrita <sup>1516</sup>.

En el supuesto de acuerdos alcanzados o decididos en las sucesivas fases ante órganos de solución autónoma o ante los órganos tripartitos estatal o autonómicos, éstos deberán ajustarse lógicamente a la normativa reguladora de sus respectivos procedimientos.

En lo que se refiere a las obligaciones de notificación del acuerdo, por un lado la norma establece una obligación de notificación a la comisión paritaria del convenio del acuerdo alcanzado en el período de consultas y, por otro, la obligación de comunicación a la autoridad laboral del resultado de los procedimientos seguidos en las siguientes fases del procedimiento <sup>1517</sup>, habiéndose interpretado que nos encontramos ante dos obligaciones acumulativas y no complementarias <sup>1518</sup>.

En estos términos, la obligación de notificación a la comisión paritaria del convenio colectivo inaplicado sólo se activa en el supuesto de acuerdo en la primera fase <sup>1519</sup>. Y desde una perspectiva lógica sólo para el supuesto de descuelgue de convenio sectorial.

---

<sup>1515</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: "Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo", en THIBAULT, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012, p. 230, posición no compartida por GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 116.

<sup>1516</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o "descuelgue" del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 157 o GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 118.

<sup>1517</sup> Art. 82.3 último párrafo: "El resultado de los procedimientos a que se refieren los párrafos anteriores que haya finalizado con la inaplicación de condiciones de trabajo deberá ser comunicado a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito"

<sup>1518</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 118, "contrariamente a lo que pudiera parecer, no son preceptos complementarios sino acumulativos":... "el alcance del precepto implica que el acuerdo durante las consultas ha de ser objeto de una doble notificación, a la comisión y a la autoridad laboral, y los restantes de una única dirigida a la administración"

<sup>1519</sup> OLARTE ENCABO, S.: "Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9/2014, parte *La reforma laboral*, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014, p. 12. En lo que se refiere a la doble obligación del acuerdo alcanzado en la primera fase, concluye que "Se trata de un derecho que se suma al que se reconoce a la Autoridad Laboral"

Por el contrario, en los supuestos de acuerdos o decisiones alcanzadas en comisiones paritarias, acuerdo interprofesional de solución autónoma de conflictos o en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico equivalente, sólo se requiere la comunicación a la autoridad laboral a los meros efectos de depósito. Comunicación exigible también de manera complementaria en el supuesto de acuerdo en el período de consultas.

Pese a tempranas posiciones entre los primeros comentaristas de la reforma <sup>1520</sup>, tras la modificación del precepto en la tramitación como Ley 3/2012 de la norma de urgencia, se excluye cualquier función de control de la autoridad laboral a estos efectos <sup>1521</sup>, por cuanto queda clara en la redacción de la norma que la comunicación lo es a los meros efectos de depósito <sup>1522</sup>.

Por otra parte, no resulta exigible que los acuerdos que se alcancen en el seno de la comisión negociadora sean refrendados por los trabajadores, a la vista de la legitimación para la firma que se confiere en la norma <sup>1523</sup>.

---

<sup>1520</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 46, *“La notificación a la comisión paritaria puede servir para facilitar el seguimiento y control de los términos del descuelgue acordados y en su caso para plantear la impugnación por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. La notificación a la autoridad laboral puede cumplir la misma función”*

<sup>1521</sup> POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, www.westlaw.es, BIB 2012\3079, p. 11: *“En el caso de que se llegue a un acuerdo en el período de consultas, éste deberá ser comunicado a la comisión paritaria del convenio colectivo y aunque en el RDL 3/2012 también se establecía que debía notificarse a la autoridad laboral, con lo que de esta forma, se estaba estableciendo una medida de control, en la actual redacción se explicita que esta segunda comunicación lo es únicamente a efectos de depósito, sin que tenga la citada función de control.”* En esta línea, CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 169 a 172, excluyendo claramente la norma obligatoriedad de registro y publicación en el boletín correspondiente.

<sup>1522</sup> En este sentido, , mediante disposición final tercera en Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre se añade una nueva disposición adicional cuarta al Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo - *Depósito de acuerdos, laudos arbitrales y decisiones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas sobre inaplicación de condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos*- por la que serán objeto de depósito los acuerdos de inaplicación ex art. 82.3 ET, tanto los alcanzados entre el empresario y la representación de los trabajadores durante el periodo de consultas, como los conseguidos en el seno de la comisión paritaria del convenio colectivo de aplicación, cuando tales acuerdos se hayan alcanzado durante el periodo de consultas en un procedimiento de despido colectivo, suspensión de contratos o reducción de jornada, acuerdos y laudos arbitrales conforme a los procedimientos contemplados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83.3 del Estatuto de los Trabajadores, así como las decisiones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas y los laudos de los árbitros designados por dichos órganos, por los que se establezca la inaplicación.

<sup>1523</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 156, para defender esta postura se refiere a enmienda nº 35 IU-ER-LV durante tramitación parlamentaria del Real Decreto Ley 3/2012 que introducía obligación de que *“los acuerdos que se susciten por la representación ( en los supuestos de ausencia de*

Tampoco resulta necesaria una notificación individual del acuerdo a los trabajadores afectados, no obstante se defiende cierto deber de información con amparo en las obligaciones generales en esta materia sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo <sup>1524</sup>, siendo la opción más lógica a los efectos de la publicitación del acuerdo la de la práctica de la comunicación mediante tablón de anuncios, máxime cuando ni siquiera en el supuesto de suscripción de un convenio colectivo se notifican de manera individualizada las nuevas condiciones de trabajo.

Por último, se plantea el interrogante de qué sucedería en el supuesto de un acuerdo de descuelgue en el que se hubieran incumplido estas exigencias formales de notificación a la comisión paritaria o de comunicación a la autoridad laboral.

En este sentido, en reciente doctrina judicial se concluye que la sanción no puede ser la de la nulidad del acuerdo, sino, en todo caso, la imposición de la correspondiente sanción administrativa <sup>1525</sup>. Postura con la que nos mostramos absolutamente de acuerdo y que contraviene la mantenida desde algún sector doctrinal que defendía la posible existencia de

---

*representación legal de los trabajadores en la empresa) deberían ser refrendados por los trabajadores mediante los mecanismos previstos en el art. 77 de esta Ley"*

<sup>1524</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo", en MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 389: como quiera que viene a modificar condiciones laborales, su notificación parece que podría exigirse en la aplicación de la normativa general, arts. 2.2 y 3.1 del RD 1659/1998, de 24 de julio, pero sin que sea necesaria forma escrita sino tan solo una referencia al acuerdo siempre que tal referencia sea precisa y concreta para permitir al trabajador el acceso a la información correspondiente y que el acuerdo se haga público en la empresa.

<sup>1525</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 169/2013, de fecha 25 de septiembre, en recurso 313/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana García, F.J. 5º: *"Se sostiene la nulidad del Acuerdo por no haber sido notificado a la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo. El art 83.2 del ET entonces vigente establecía que "el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo y a la autoridad laboral". Siendo indiscutible que el Acuerdo no se comunicó a la Comisión Paritaria del Convenio. Ahora bien, siendo cierto que se ha cometido tal infracción, debemos analizar si la consecuencia jurídica de tal omisión debe ser la nulidad del Acuerdo. En opinión de la Sala no toda infracción de lo establecido literalmente en la ley implica la nulidad del acto o acuerdo, sino que debe analizarse en cada caso y salvo disposición expresa del legislador, cual debe ser la consecuencia de la infracción teniendo en cuenta la finalidad de la norma y el juego del principio de proporcionalidad. Pues bien, que la petición de nulidad es desproporcionada se deriva de la propia dicción literal de la ley que habla de impugnación judicial del acuerdo sólo en casos de "fraude, dolo, coacción o abuso de derecho" en la obtención del acuerdo, de lo que se infiere que la intención del legislador es dar el mayor respaldo posible a lo acordado por quien está legitimado para ello, salvo supuestos de grave violación del ordenamiento jurídico y, desde tal perspectiva, no parece razonable sostener que la falta de comunicación a la Comisión Paritaria puede constituirse en causa de nulidad de lo acordado. La sanción, en nuestra opinión, no puede ser la nulidad del acuerdo, sino, en todo caso, la imposición de una sanción administrativa por incumplimiento del deber de información a los representantes de los trabajadores en los términos establecidos en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, de Infracciones y Sanciones del Orden Social."*

fraude de ley en estos supuestos <sup>1526</sup>. O, más allá, la impugnación por lesividad de la propia comisión paritaria en supuestos de falta de notificación o de comunicación tardía <sup>1527</sup>.

En este sentido, los requisitos de comunicación a la comisión del convenio y a la autoridad laboral no condicionan la adquisición de eficacia a los acuerdos de descuelgue <sup>1528</sup>, que como hemos mantenido anteriormente es constitutiva.

---

<sup>1526</sup> Para CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTROYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 389, un acuerdo incumpliendo las exigencias legales referidas a su negociación y tramitación, pese al silencio legal, abriría la puerta a defender la existencia de fraude de ley.

<sup>1527</sup> OLARTE ENCABO, S.: “Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9/2014, parte La reforma laboral, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014, p. 12 podría plantearse la nulidad del acuerdo por falta de notificación a la paritaria. Más allá, la propia paritaria podría impugnar por lesividad en caso de no comunicación o comunicación tardía o defectuosa

<sup>1528</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo”, en THIBAUT, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012, 243.

## **CAPÍTULO VII.- LA IMPUGNACIÓN DE LOS DESCUELQUES DE CONVENIO COLECTIVO**

Para terminar con el estudio de la institución de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, debemos hacer referencia en último término a las cuestiones relacionadas con la impugnación del descuelgue.

De este modo, en el presente Capítulo nos vamos a ocupar de analizar tanto el alcance del posible control judicial, - en acuerdos de descuelgue y en decisiones sustitutivas-, como la posibilidad de impugnación de los actos dictados por el empresario en aplicación de aquéllos, para terminar examinando aspectos relacionados con la esfera procesal, -mecanismos procesales de impugnación y problemática en materia legitimación-.

No obstante, antes de entrar en el concreto análisis de las cuestiones enunciadas, efectuamos dos consideraciones previas al objeto de centrar adecuadamente el debate.

En primer lugar, tras la reforma laboral del 2012, el legislador incorpora expresamente en la norma una “presunción” en favor de la concurrencia de causas para el supuesto de los acuerdos de inaplicación suscritos en el período de consultas, limitando expresamente su impugnación a los motivos del fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Desde esta perspectiva, va a resultar necesario detenerse tanto en las cuestiones relacionadas con la naturaleza de la propia “presunción” como con el alcance del posible control judicial. Y en este sentido, más allá, al no haberse previsto expresamente en la norma la “presunción” y el control tasado en el escenario de acuerdos alcanzados en las sucesivas fases en la gestión del desacuerdo, debemos valorar su posible extensión o no a los mismos.

En segundo lugar, la redacción del art. 82.3 ET en materia de impugnación de acuerdos o decisiones sustitutivas presenta de partida notables diferencias en función de la fase del procedimiento en la que se hubiera suscrito el acuerdo o decidido la controversia, complicando en este punto sobremedida la interpretación.

Por un lado, nada se refiere en la norma en relación con las posibilidades de impugnación de los acuerdos alcanzados en las sucesivas fases en la gestión del desacuerdo, bien acuerdos en comisión paritaria, bien acuerdos alcanzados en mediaciones en procedimientos de solución autónoma de conflictos ex art. 83 ET. Por otro, para el supuesto de laudos dictados en procedimientos de solución autónoma de conflictos, o en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano equivalente autonómico, el legislador expresamente se remite al procedimiento y a los motivos previstos para la impugnación del convenio colectivo ex art. 91 ET, es decir, control judicial “amplio”.

Siendo así, en una primera aproximación a la cuestión, no parece coherente mantener la posibilidad de un control judicial “limitado” para el supuesto de un acuerdo de inaplicación alcanzado en el inicial período de consultas y un control judicial “amplio” para el supuesto de los laudos en sucesivas fases. En este sentido, la redacción legal entra en clara contradicción, por lo que resulta necesario indagar en su correcta interpretación.

Comenzamos el análisis por la impugnación de los acuerdos y decisiones sustitutivas.



## **1.- LA IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO DE INAPLICACIÓN, O DE LA DECISIÓN SUSTITUTIVA**

### ***1.1- Impugnación por motivos relacionados con el presupuesto causal habilitante***

No es discutible a estas alturas de nuestro trabajo que la institución de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo exige la actualización en la empresa de unas previas razones habilitantes, presupuestos legales que la norma concreta en las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. No podía ser de otro modo en la medida que el descuelgue de convenio colectivo supone una excepción a su fuerza vinculante.

Siendo así, y al margen de las cuestiones relativas al procedimiento, es muy probable que la inexistencia del presupuesto legal habilitante se constituya en el fundamento de gran parte de las posibles impugnaciones en materia de descuelgues.

Y en este sentido, al menos en lo que se refiere a los acuerdos alcanzados en período de consultas, la posibilidad de impugnación del acuerdo de descuelgue por inexistencia de causa se complica sobremanera tras la incorporación en la norma a partir de febrero de 2012 de determinada “presunción” a favor de su concurrencia y del control judicial tasado del acuerdo a las razones del fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

En este contexto, a la vista de las diferencias en la redacción en la norma, analizamos la cuestión diferenciando entre los acuerdos alcanzados en períodos de consultas y los acuerdos suscritos en sucesivas fases en la denominada gestión del desacuerdo.

#### **1.1.1.- Impugnación de los acuerdos alcanzados en el período de consultas por inexistencia de causa**

En una primera aproximación a la materia, de la propia redacción literal de la norma se desprende que el acuerdo de descuelgue alcanzado en el período de consultas va a poder impugnarse ante la jurisdicción social. En este sentido se prevé expresamente en la Ley esta posibilidad cuando el legislador refiere que el acuerdo sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión<sup>1529</sup>.

Cuestión distinta es la del alcance del posible control judicial una vez que el legislador ha incorporado en la norma la “presunción” y limitado su control judicial a los motivos tasados enumerados.

En este sentido, de la propia redacción de la norma se deducen determinados interrogantes que resulta necesario superar.

El primero, el de la naturaleza jurídica de la denominada “presunción”, esto es, si nos encontramos ante una verdadera “presunción” en el sentido técnico jurídico del término y, en caso de respuesta afirmativa, el alcance de la misma, *iuris tantum* o *iuris et de iure*.

---

<sup>1529</sup> Art. 82.3 párr. 6º ET: “Cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”.

En segundo lugar, si resulta posible o no encajar una posible impugnación del acuerdo de descuelgue alcanzado en el período de consultas por inexistencia de causa en los motivos tasados en la norma del fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

1.1.1.1.- La discutible instauración en la norma de una verdadera presunción: la inversión de la carga de la prueba en supuestos de acuerdos en períodos de consultas

Comenzando por el análisis de la “presunción” legal, en una breve exégesis histórica del precepto, la “presunción” a favor de la concurrencia de causas en supuestos de acuerdos alcanzados en el período de consultas se instaura por vez primera en la norma tras la promulgación de la reforma laboral de junio de 2010. Reforma por la que se da nueva redacción, entre otros, a los artículos 41.6 y 82.3 del ET, preceptos dedicados en aquel momento a los descuelgues denominados “genéricos” el primero, al descuelgue salarial el segundo<sup>1530</sup>.

En este sentido, pese a las sucesivas reformas operadas hasta la unificación del régimen jurídico de los descuelgues en la reforma laboral del año 2012<sup>1531</sup>, en nada cambia el modelo inicialmente propuesto por el legislador, continuando la “presunción” en la redacción vigente del art. 82.3 ET en los mismos términos.

El *desideratum* del legislador es claro, dotar de la máxima efectividad a los acuerdos de inaplicación en el objetivo declarado de potenciar los mecanismos de flexibilidad interna. Se pretende revestir a estos instrumentos de la “*agilidad y eficacia*” de la que carecían<sup>1532</sup>, en el entendimiento de que la negociación colectiva debía ser un instrumento y no un obstáculo<sup>1533</sup>. Y en esta nada desdeñable intención, con la previsión expresa de la “presunción”, el legislador pretende “blindar” al acuerdo de descuelgue alcanzado en el período de consultas en cuanto producto de la autonomía colectiva frente a posibles impugnaciones.

Si nos remontamos a la situación inmediatamente anterior a las reformas iniciadas en junio de 2010, aún siendo cierto que en materia de descuelgues de convenio colectivo el presupuesto causal continuaba siendo exigible, no lo era menos que, en este punto, la jurisprudencia del Supremo venía revistiendo al acuerdo colectivo de una legitimidad reforzada en cuanto instrumento derivado de la autonomía colectiva. Hasta el punto de abrirse paso entre parte de

---

<sup>1530</sup> Artículos 5 y 6 del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; BOE nº 147 de 17 de junio de 2010.

<sup>1531</sup> Primero en la convalidación de la norma de urgencia como Ley 35/2010, después con la reforma de la negociación colectiva a través del Real Decreto Ley 7/2011, más tarde, con la reforma laboral 2012, primero mediante Real Decreto Ley 3/2012, después Ley 3/2012.

<sup>1532</sup> En este sentido, Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 10/2010 en su epígrafe II, lo mismo en el supuesto de la Ley 35/2010.

<sup>1533</sup> Epígrafe IV de la Exposición de Motivos al Real Decreto Ley 3/2012, en idénticos términos en la Ley 3/2012.

la doctrina científica una corriente apuntando en el sentido de una progresiva “*devaluación de la causa*”<sup>1534</sup>.

En ese debate sobre el debilitamiento causal en los supuestos de acuerdos alcanzados en las consultas, algunos autores incidían en un argumento clave a los efectos de entender la naturaleza de la denominada “presunción”, el de la participación de los trabajadores en la toma de decisiones mediante la apertura del período de consultas. A los eventuales acuerdos se les conferiría así una especie de “*plus de legitimidad*”, que excluiría la necesidad de control causal<sup>1535</sup>, cediendo la carga probatoria al haberse acordado las medidas colectivamente, en lo que se convino en catalogar por el Tribunal Supremo como una verdadera “*inversión de la carga de la prueba*”<sup>1536</sup>.

En esta interpretación, la decisión empresarial se encontraría avalada y acreditada por el acuerdo colectivo, que tendría un efecto anticipado de legitimación de la medida.

Desde esta perspectiva histórica, comprobamos que el debate sobre la “presunción” en favor de la concurrencia de causas en los supuestos de acuerdos alcanzados en períodos de consultas en realidad no es del todo nuevo. Ahora bien, dicho esto, la diferencia experimentada en el modelo legal a partir de las reformas iniciadas en el año 2010 es notable. Si hasta junio de 2010 se revestía al acuerdo de esta mayor “legitimidad” por la vía jurisprudencial, a partir de éste momento es la propia norma la que expresamente otorga al

---

<sup>1534</sup> MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup> L.: “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2008, págs. 488 y ss, o SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo. Ejes de su configuración en el oscuro art. 41 ET”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2009 (Estudio), <http://www.westlaw.es>, BIB 2009\289, págs. 7 y 8 y “La modificación de condiciones de trabajo tras el RD-Ley 10/2010”, en AA.VV. *La reforma laboral de 2010*, (SEMPERE NAVARRO, A. Director, MARTÍN JIMÉNEZ, R. coordinador), Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 303. Mientras MOLERO MARAÑÓN entiende imprescindible la presencia de alguna clase de necesidad empresarial, SAN MARTÍN MAZZUCCONI da un paso más hacia lo que en la práctica entiende como una *descausalización*.

<sup>1535</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Aranzadi Social*, 2007, p.1818. En el mismo sentido, MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup> L.: “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2008, pág. 490

<sup>1536</sup> Fundamento de derecho tercero *in fine* de la STS de 7 de diciembre de 2005 en recurso de casación núm. 26/2005, RJ 2006\2624. Criterio que, si bien mayoritario, no era unánime, tal y como se pone de manifiesto en el voto particular a la sentencia de 11 de mayo de 2004 en recurso de casación núm. 95/2003, RJ 2004, 5157, efectuado por el Magistrado Desdentado Bonete al resultar para el Magistrado discrepante que se invocasen y que acreditasen en todo caso las razones económicas, técnicas, organizativas o productivas que justificasen la adopción de esa medida. No obstante, no es éste el parecer mayoritario de la Sala que, en el fundamento de derecho tercero de su sentencia de 21 de noviembre de 2006, RJ 2006\9217, dictada en recurso de casación núm. 174/2005, vuelve a investir al acuerdo del 41.2 3º de ése *plus de legitimidad* al que nos venimos refiriendo.

acuerdo esta mayor “legitimidad” vía “presunción” de la concurrencia de las causas y control judicial tasado.

Como acabamos de apuntar, la opción del legislador por incorporar la “presunción” de manera expresa en la Ley tiene mucho que ver a nuestro juicio con la propia naturaleza y con la eficacia del producto resultante de la negociación llevada a cabo durante período de consultas así como con la intención del legislador de dotar de efectividad a los descuelgues. Resultando el acuerdo de descuelgue manifestación del derecho a la autonomía colectiva, negociándose por los sujetos con legitimidad para la negociación del convenio colectivo estatutario <sup>1537</sup>, y ostentado la misma eficacia jurídica normativa y personal general que la del producto al que excepcionalmente sustituye, el legislador pretende revestir al acuerdo de ése “*plus de legitimidad*” al que se refería el Supremo.

Y en esa declarada intención del legislador de dotar de mayores dosis de seguridad jurídica al producto de la autonomía colectiva, se limitan incluso en la norma sus posibilidades de impugnación a determinadas razones tasadas en la Ley en el objetivo de conferir de una mayor “efectividad” práctica al acuerdo de descuelgue.

Ahora bien, dicho esto, una cuestión es que se invierta la carga de la prueba, con lo que nos mostramos absolutamente de acuerdo, y otra, muy diferente, que directamente se vete en la norma la posibilidad de impugnación del acuerdo por inexistencia del presupuesto causal. Cuestión ésta que nos exige introducirnos de lleno en el debate acerca de la naturaleza jurídica de la “presunción”, análisis que debemos afrontar con la mayor de las cautelas desde la perspectiva de que nos encontramos ante una materia en la que pudiera verse afectado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

En este escenario, desde el mismo momento de su previsión legal, se plantea entre la doctrina científica un intenso debate en torno a la naturaleza jurídica de la “presunción” y a sus efectos, oscilando las posiciones doctrinales entre las de quienes le otorgaban la naturaleza de *iuris tantum*, -que por tanto admitiría prueba en contrario-, y las del sector doctrinal que le confería el carácter de *iuris et de iure*, -con el efecto contrario-.

Entre los comentaristas posteriores a la reforma laboral del 2010, determinado sector doctrinal calificaba la “presunción” como *iuris tantum*, fundamentalmente por los problemas de constitucionalidad derivados del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE, no pudiendo excluirse un control judicial de fondo sobre la base de la inexistencia de causas, si bien no se dudaba de la dificultad de su acreditación en cuanto la carga de su inexistencia recaería sobre quien impugnara el acuerdo <sup>1538</sup>.

---

<sup>1537</sup> Salvo las, importantes a estos efectos, excepciones de negociación con las comisiones de trabajadores elegidos *ad hoc* o con las comisiones sindicales en los supuestos de ausencia de representación legal.

<sup>1538</sup> En esta posición doctrinal se situarían ALFONSO MELLADO, C.: “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en VV.AA. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 126 y 127, para quien encajaría mejor en el conjunto del precepto y en la lógica del sistema entenderla como *iuris tantum*: aunque se presumiera el acuerdo como legal por responder a las causas legalmente previstas, si alguna parte legitimada deseara impugnarlo podría hacerlo, pero recayendo

En la posición contraria, para otro sector doctrinal, la “presunción” tendría la naturaleza de *iuris et de iure*, al haber excluido el legislador el control judicial de fondo por inexistencia de causa al limitarse en la norma los motivos de impugnación a los tasados del dolo, fraude, coacción o abuso de derecho <sup>1539</sup>.

---

sobre esta parte la carga de probar que esas causas no concurrirían, lo que por otro lado para el autor resultaría muy difícil de acreditar en la mayoría de los casos. En el mismo sentido, BAYLOS GRAU, A.: “Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma del 2010”, *Diario La Ley*, 14 de octubre de 2010, nº 7488, pág. 27, para quien es más seguro entender que se trata de una presunción *iuris tantum* que puede destruirse probando la evidente carencia de justificación de la medida pues, a pesar que la norma establece una suerte de blindaje frente a la impugnación, una interpretación contraria del valor de esta presunción podría plantear problemas de constitucionalidad por obstaculizar el acceso a la tutela judicial efectiva. En similares términos, LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 22, 2010, págs. 2634 a 2636, al entender que con la presunción no se establece un blindaje absoluto del acuerdo frente al control judicial, ya que ello sería contrario al art. 24 de la Constitución, no obstante su efecto disuasorio por la dificultad en la carga probatoria. En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: “La reforma laboral: sentido político-jurídico y técnico en AA.VV. *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág. 20: la regla no precluye la posibilidad de impugnar el acuerdo por ilegalidad o carencia de una causa que legitime la modificación de las condiciones de trabajo, respondiendo más la presunción a la finalidad de reforzar la agilidad en las modificaciones. LORENTE RIVAS, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág. 226: la presunción de validez del acuerdo podría ser desvirtuada ante la jurisdicción pues la presunción no legitimaría en modo alguno la ignorancia de la exigencia normativa de justificación causal. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Cláusulas de descuelgue empresarial”, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011, pág. 251, quien propone efectuar una interpretación correctora de la norma amparando la impugnación judicial directa del acuerdo de descuelgue salarial por falta de causa al considerarlo fraudulento o, cuando menos, abusivo.

<sup>1539</sup> En esta posición incluiríamos a RODRÍGUEZ-PIÑERO en sus artículos “La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 25. y “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010”, *Relaciones Laborales*, nº 15-16, año 2010, pág.8 para quien la nueva presunción evita un control judicial de fondo. Igualmente se situaría SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.; “La modificación de condiciones de trabajo tras el RD-Ley 10/2010”, en AA.VV. *La reforma laboral de 2010*, (SEMPERE NAVARRO, A. Director, MARTÍN JIMÉNEZ, R. coordinador), Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 293, quien entiende que la presunción lo sería *iuris et de iure* lo que conllevaría la imposibilidad de alegar prueba en contrario. GONZÁLEZ DE LENA, F.: “La negociación colectiva en la reforma de 2010. Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 217: de existir acuerdo, ya no cabría cuestionarse la existencia de causa salvo por la vía indirecta de ser un elemento adicional en la prueba de la concurrencia de vicios del consentimiento en la conclusión del acuerdo. En la misma línea ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Problemas en torno a la justificación de la causa para la adopción de las medidas de despido y/o de flexibilidad interna previstas en la Ley 35/2010”, *Aranzadi Social*, núm. 17/2010 (Estudio), <http://www.westlaw.es>, págs. 4 y 5 para quien se genera *de facto* una presunción *iuris et de iure* sobre la existencia de justificación causal, ya que se impide al juez verificar lo contrario al limitarle su enjuiciamiento a los casos de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho. Referido al descuelgue salarial, LAHERA FORTEZA, J: “El descuelgue salarial” en VV.AA.: *La reforma laboral de 2010*, (Director VALDÉS DAL-RE, F.), Ed. Reus, 2011, quien entiende nos encontramos ante una presunción *iuris et de iure*, sin prueba en contrario, por el motivo que el legislador limita los supuestos de impugnación judicial al fraude, dolo, abuso de derecho o coacción, supuestos entre los que no está la ausencia de causa probada. LÓPEZ ANIORTE, Mº

Tras la reforma laboral de 2012, continua latente la división entre el sector doctrinal que defiende la naturaleza de la presunción como *iuris et de iure*<sup>1540</sup>, otorgando un papel preponderante al acuerdo en el marco de la autonomía colectiva de las partes legitimadas para su adopción<sup>1541</sup>, y aquél otro sector que la cataloga como *iuris tantum*<sup>1542</sup>.

---

C.: "El nuevo régimen jurídico del descuelgue salarial tras la reforma laboral de 2010", en AA.VV., *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (Dir. ALFREDO MONTOYA MELGAR, FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ) Ed. Civitas, primera edición, febrero 2011, pág. 280, para quien la reforma laboral de 2010 habría abierto el camino, peligrosamente, a la negociación individual de las condiciones salariales. Con más dudas, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales", pág. 180, en VV.AA., *La reforma del mercado de trabajo*, Dirección GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J), Ed. Lex Nova, Valladolid 2010.

<sup>1540</sup> Entre los que defienden su naturaleza *iuris et de iure*, NAVARRO NIETO, F.: "La reforma del marco normativo de la negociación colectiva", XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 46: con la presunción la finalidad de la norma sería clara, establecer el carácter vinculante del acuerdo en virtud de la autonomía negocial de las partes. "*Esta solución es coherente con el objetivo de facilitar la seguridad jurídica y la confianza en la efectividad de la solución negocial*" El autor sigue en este punto a RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo", en *Relaciones Laborales*, nº 21, 2010, p. 25-26 y a DEL REY GUANTER, S.: "Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial.", en *Temas Laborales*, nº 107, p. 176. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "Flexibilidad interna y externa en el Real decreto Ley 3/2012", *Diariolaley.es*, nº 7833, año 2012, p. 5, quien entiende que se trata de un "*acuerdo que es vinculante para los trabajadores afectados e incluso para el órgano judicial, pues, al igual que en el régimen precedente, el acuerdo adoptado presupone la razonabilidad de la decisión empresarial adoptada, siendo solo impugnabile el acuerdo ante la jurisdicción laboral por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión*". Para CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o "descuelgue" del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 179 y ss, la formulación poco clara unida a la más que dudosa existencia de presunciones *iuris et de iure* en nuestro ordenamiento jurídico, hacen difícil concluir que nos encontremos ante una presunción de este tipo. No obstante, siguiendo a CRUZ VILLALÓN, dada la finalidad legal y el fuerte valor atribuido a los productos de la autonomía colectiva, viene a entender que nos encontramos ante una presunción *iuris et de iure*: "*En realidad lo que parece decir el art. 82.3 ET es que si hay acuerdo no es posible discutir en sede judicial la concurrencia o no de las causas, de manera que si han sido aceptadas por los representantes de los trabajadores, las causas se han producido en términos de certeza, por ello no pueden aceptarse como motivo de impugnación. Esta certeza no se produce si en la adopción del acuerdo se ha apreciado fraude, dolo o abuso de derecho, pues en tales casos ya no consta que hayan acaecido en la realidad*".

<sup>1541</sup> A propósito de un acuerdo en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo ex art. 41.4 ET en la Sentencia de la Audiencia Nacional número 89/2014, de fecha 6 de mayo de 2014, en recurso 69/2014, Ponente Rafael López Parada se concluye la imposibilidad de impugnación de los acuerdos más que por las causas de nulidad de los contratos y de los convenios colectivos así como por la indebida afectación de derechos de terceros no firmantes o por vulneración de normas de derecho necesario, F.J. 4º párrafo sexto, señalando expresamente que esta limitación no supondría una vulneración de la tutela judicial efectiva "*No estamos aquí ante una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva, sino ante la atribución a los sujetos negociadores colectivos de un poder dispositivo, en el marco de la contratación colectiva, sobre las condiciones de trabajo.*"

<sup>1542</sup> MERCADER UGUINA, J.: "La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012. La empresa como nuevo centro de gravedad", en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, p. 363. VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos

En nuestra opinión, **resulta bastante discutible concluir que el legislador haya instaurado en la norma una verdadera presunción entendida en el sentido técnico-jurídico de las presunciones legales**<sup>1543</sup>. De ahí que vengamos entrecomillando el término a lo largo del presente trabajo, apostando decididamente por una interpretación en la que se considere la misma en su acepción más coloquial o vulgar del término<sup>1544</sup>.

En este sentido, es conocida la afirmación entre la doctrina procesalista de la falta de rigor legislativo en el empleo del vocablo presunción, existiendo un importante elenco de figuras con las que la presunción guarda importantes afinidades y con las que tiende a confundirse, *“una cosa es la presunción en su acepción común u ordinaria y otra la presunción en su acepción jurídico técnica”*<sup>1545</sup>.

---

estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012, p. 166: a pesar de que pudiera entenderse que el art. 82.3 ET enuncia una presunción *iuris et de iure*, siguiendo criterio de determinado sector doctrinal, ALFONSO MELLADO o de MOLERO MARAÑÓN, *“considera, en tesis más ajustada a nuestro sistema probatorio, que la finalidad perseguida por el legislador no ha sido otra que la atribución de ciudadanía legislativa a una consolidada orientación jurisprudencial a tenor de la cual la consecución del pacto produce una inversión de la carga de la prueba, correspondiendo acreditar la no concurrencia de causa justificativa de la modificación sustancial adoptada por el empresario a los sujetos que impugnan el acuerdo (entre otras, sentencia TS de 7 de diciembre de 2005). La reforma legal, en suma, se ha limitado a introducir una alteración en la distribución de las cargas probatorias, de manera que la presunción tiene mero valor iuris tantum, pasando el acuerdo a gozar de una presunción de validez que, no obstante, puede ser destruida mediante prueba en contrario”*. Para VALDÉS DAL-RÉ, *“En consecuencia, y al margen de su posible impugnación por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, el acuerdo de descuelgue también puede ser impugnado en un proceso de conflicto colectivo en el que lo que se discuta sea la concurrencia de causa. Lo que sucederá es que, en tal hipótesis, la carga de probar la inexistencia de causa recaerá sobre la parte demandante, a la que corresponderá destruir la presunción de validez del acuerdo de inaplicación”*

<sup>1543</sup> Definimos la presunción legal como la *“operación intelectual realizada bien por el legislador bien por el juzgador, en virtud de la cual partiendo de un hecho conocido y suficientemente probado se llega a la determinación de un hecho desconocido”*, CHOCRÓN GIRALDEZ, A. M<sup>a</sup>: *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la presunción de duración indefinida del contrato de trabajo*, Ediciones Laborum, 1<sup>a</sup> Edición 2004, p. 14. *“Operaciones intelectuales, imperadas o autorizadas por el derecho positivo o consentidas por el buen sentido de un hombre experimentado, que consisten en tener como cierto un hecho (el hecho presunto) a partir de la fijación formal como cierto de otro hecho (el indicio o base)”*, DE LA OLIVA SANTOS, A. y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de Declaración*. Editorial universitaria Ramón Areces, tercera edición, Madrid 2004, p. 419. O, en otros términos, *“El mecanismo procesal que permite tener por cierto un hecho relevante para resolver una cuestión sometida al órgano judicial a partir de la certeza de otro hecho irrelevante para el proceso debido a la existencia de un enlace entre ambos”*, en GIL PLANA, J. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *La presunción jurídica en el derecho del trabajo*, Editorial Aranzadi, S.A., 1<sup>a</sup> Edición, año 2008, pág. 33, en contraposición a la acepción vulgar del término en cuanto acción de sospechar, juzgar o conjeturar algo, y que se caracteriza por ser un estadio previo a la certeza.

<sup>1544</sup> GIL PLANA, J. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. en su monografía *La presunción jurídica en el derecho del trabajo*, Editorial Aranzadi, S.A., 1<sup>a</sup> Edición, año 2008, pág. 29, acción de sospechar, juzgar o conjeturar algo, y que se caracterizaría por ser un estadio previo a la certeza.

<sup>1545</sup> CHOCRÓN GIRALDEZ, A. M<sup>a</sup>: *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la presunción de duración indefinida del contrato de trabajo*, Ediciones Laborum, 1<sup>a</sup> Edición 2004, p. 45,

Nos encontramos ante lo que se ha calificado como “*presunciones aparentes*” y no ante una verdadera presunción en el sentido jurídico del término, es decir, aquéllas en las que “*constituyendo el supuesto de hecho de la norma dos o más hechos concatenados basta acreditar uno para que deba fijarse el otro a no ser que se pruebe lo contrario*” <sup>1546</sup>.

En este sentido, las dificultades para calificar la previsión como una verdadera presunción legal son evidentes.

En primer término, no resulta clara la apreciación en la norma de la estructura típica de toda presunción jurídica, dos hechos, el *hecho base* y el *hecho presunto*, unidos por una *conexión o enlace* <sup>1547</sup>. Nos encontramos ante la presencia de un *hecho base*, el acuerdo, al que se anuda un *efecto jurídico* en la norma, la causalidad del acuerdo, más que ante un *hecho base*, el acuerdo, y un *hecho deducido o presunto*, la causalidad, no pudiendo en modo alguno constituir una relación de causalidad un hecho en sí sino una operación efectuada en el plano intelectual por quien tiene competencia para llevarla a cabo. Y en este sentido, se ha afirmado que queda excluido del ámbito de las verdaderas presunciones todo lo que consista no en deducir un hecho a partir de otro, sino en deducir de un hecho una consecuencia jurídica <sup>1548</sup>, pues la fijación formal como ciertos de determinados hechos es la finalidad última de las presunciones.

Por lo tanto, en esta lectura, no compartimos una interpretación en la que se otorgue la naturaleza de hecho presunto a la concurrencia de las causas justificativas a que se refiere la norma <sup>1549</sup>.

De la misma manera, tampoco creemos que pueda deducirse esa *conexión o enlace* entre el *hecho base*, el acuerdo, y el supuesto *hecho presunto*, la concurrencia de causas, pues no puede extraerse la probabilidad de que todo acuerdo lo sea siempre como consecuencia de la exigencia causal, podrá serlo o no, ambos hechos se mueven en planos diferentes. No existe

---

<sup>1546</sup> CARRERAS LLASANA, J.: “Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones”, en Estudios de Derecho Procesal (con Fenech, Miguel), Barcelona 1962, p. 384.

<sup>1547</sup> Siguiendo a ARTETA MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>: “La prueba de las presunciones”, en *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso Laboral*, (Coord. RÍOS SALMERÓN, SEMPERE NAVARRO), Editorial Aranzadi S.A., Navarra, año 2001, pág. 322, toda presunción estructuralmente está compuesta por tres elementos, una afirmación, hecho base o indicio, una consecuencia o hecho presumido y el enlace entre uno u otro.

<sup>1548</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de Declaración*. Editorial universitaria Ramón Areces, tercera edición, Madrid 2004, p. 419. Como ejemplo de un supuesto análogo en materia laboral, los autores se referían a la inadecuadamente calificada por el TC como presunción legal del antiguo art. 181 LPL cuando establecía respecto los depósitos para recurrir en suplicación y casación que “si no se constituyen estos depósitos en la forma indicada anteriormente, los recursos se declararán desistidos”: para los autores no había un hecho indicio y un hecho presunto, sino un solo y único hecho al que se anudaba una consecuencia jurídica mal anudada. En estos términos, el esquema es idéntico al del art. 82.3 ET, no hay dos hechos sino uno solo, el del acuerdo, al que se anuda la consecuencia jurídica de la causalidad.

<sup>1549</sup> Nos remitimos en este punto a estudio GIL PLANA, J. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, op. cit, pág. 47 y ss. donde se diferencia la presunción de otras figuras jurídicas afines como, por ejemplo, la suposición.



“máxima de experiencia” alguna <sup>1550</sup> que permita otorgar esta consecuencia de la causalidad al acuerdo <sup>1551</sup>. En este sentido, sería perfectamente posible un acuerdo de descuelgue sin causa, con lo que faltaría lo que la doctrina ha venido en denominar como el “juicio de probabilidad cualificada”, entendido como la altísima probabilidad de que acreditado el hecho indicio, se dé el presunto según la máxima de experiencia <sup>1552</sup>.

A mayor abundamiento, cuando el legislador se refiere a que se presumirá que concurren las causas justificativas para, a continuación, aludir a un posible control judicial del acuerdo, aunque limitado por tasado, no puede decirse que la finalidad perseguida por el legislador sea la de obtener la certeza de ese supuesto hecho presunto, pues no tendría sentido entonces la alusión en la norma a continuación al posible control judicial, siquiera tasado y limitado. Control judicial que, por otra parte, y como hemos apuntado anteriormente, no por tasado a esos supuestos de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho resulta pacífico en la doctrina que no alcance a la propia exigencia causal.

Por estos razonamientos, mostramos nuestra mayor cautela a la hora de calificar a la “presunción” instaurada en el párrafo sexto del art. 82.3 ET como una verdadera presunción legal de las reguladas en los arts. 385 y 386 de la Ley Procesal Civil <sup>1553</sup>, reafirmandonos en nuestra conclusión en el sentido de que nos encontramos ante una “presunción” pero solo entendida en la acepción más coloquial del término <sup>1554</sup>.

Cuestión diferente es la de que, precisamente por esa legitimidad de la que se encuentra revestido dada su naturaleza colectiva, **al acuerdo se le anuden los efectos propios de las denominadas presunciones *iuris tantum* en cuanto a la posibilidad de prueba en contrario** <sup>1555</sup>.

---

<sup>1550</sup> Entendida esta “máxima de experiencia” como una regla empírica de acierto frecuentemente comprobado y que constituye el último fundamento de la presunción DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de Declaración*. Editorial universitaria Ramón Areces, tercera edición, Madrid 2004, p. 420.

<sup>1551</sup> ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P: *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Editorial Comares, Granada 2007, p. 19 entiende que el nexo lógico es consecuencia de la denominada “máxima de experiencia”.

<sup>1552</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de Declaración*. Editorial universitaria Ramón Areces, tercera edición, Madrid 2004, p. 420: “Este juicio de probabilidad no puede estar ausente: se permite o se exige pasar del hecho indicio A al hecho presunto B, porque es altísimamente probable (casi seguro) o muy probable, según distintas máximas de la experiencia, que, dándose A, se dé B” ; en el mismo sentido GIL PLANA, J. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., op. cit., pág. 34

<sup>1553</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, XXV *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012, p. 18, “no sería, técnicamente hablando, de una presunción, sino más bien una definición de un elemento constitutivo de uno de los supuestos de situación negativa, el de la persistencia en la disminución de ingresos y ventas”.

<sup>1554</sup> De ahí que optemos por el entrecomillado en el presente trabajo para el término “presunción”.

<sup>1555</sup> Para autorizado sector doctrinal en la materia, la inversión de la carga de la prueba pretendidamente inherente a las presunciones es un espejismo, una falsa imagen. En esta lectura, “Las presunciones no invierten la normal carga de la prueba, sino que añaden una carga de la contraprueba que, de ordinario, no existe”, DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil*.

En esta lectura, la previsión legal encontraría perfecto encaje en la teoría elaborada por la jurisprudencia del Supremo al respecto del denominado “*plus de legitimidad*” del acuerdo.

En este debate, la propia norma procesal común establece claramente que las presunciones lo serán siempre *iuris tantum* salvo prohibición expresa en la norma, admitiendo prueba en contrario <sup>1556</sup>. La Ley procesal común es lo suficientemente taxativa en estos términos y el legislador laboral no ha optado por incorporar una prohibición en este sentido en la redacción del art. 82.3 ET, por más que se haya querido limitar la impugnación del acuerdo a determinados supuestos tasados. Siendo así, asimilar la impugnación del acuerdo de descuelgue por motivos tasados en la norma con prohibición expresa de prueba en contrario en lo que se refiere al presupuesto causal nos parece una interpretación *in extenso* de la norma que no encaja con la regla general en materia de presunciones de la Ley Procesal Civil.

Como argumento añadido, no resulta cuestionable que la mayoría de la doctrina procesalista niega el carácter de verdaderas presunciones a las denominadas *iuris et de iure*, con el argumento de que cuando se prohíbe la prueba en contrario la probabilidad desaparece y se convierte en certeza <sup>1557</sup>. Se está afirmando que acaecido un hecho, se ha producido en términos de certeza otro hecho <sup>1558</sup>. Sustituida la probabilidad cualificada por certeza en la operación intelectual del legislador, desaparece el fundamento que permite sostener que las presunciones *iuris et de iure* sean verdaderas presunciones, resultando una paradoja que se establezca como categoría en la Ley de Enjuiciamiento Civil, más aún cuando no hay un solo ejemplo de presunción *iuris et de iure* en todo el derecho positivo <sup>1559</sup>. En este sentido, la mejor doctrina procesalista ha afirmado que la posibilidad de prueba en contrario es requisito de la auténtica presunción <sup>1560</sup>.

Por otra parte, la interpretación que permite la prueba en contrario resulta ser la que mejor se cohonestaría con el derecho a la tutela judicial efectiva <sup>1561</sup>, pues una cosa es que el derecho

---

*El proceso de Declaración*. Editorial universitaria Ramón Areces, tercera edición, Madrid 2004, p. 424 y 425.

<sup>1556</sup> Artículo 385.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquella expresamente lo prohíba.”

<sup>1557</sup> Con mención de abundante doctrina al respecto, en CHOCRÓN GIRALDEZ, A. M<sup>a</sup>: *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la presunción de duración indefinida del contrato de trabajo*, Ediciones Laborum, 1<sup>a</sup> Edición 2004, p. 40 y 41

<sup>1558</sup> GIL PLANA, J. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. op cit, pág. 58

<sup>1559</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1<sup>a</sup> Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 179, para quien “En principio, el que la formulación elegida sea, como acabamos de constatar, poco clara, unido a que hasta el momento fuera más que dudosa la existencia de presunciones *iuris et de iure* en nuestro ordenamiento jurídico, hacen difícil concluir que estemos ante una presunción de este tipo”

<sup>1560</sup> Con resumen de la aludida doctrina en ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P: *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Editorial Comares, Granada 2007, p. 35.

<sup>1561</sup> En este sentido, determinado sector doctrinal entiende que no tendría encaje en nuestro ordenamiento constitucional una interpretación en el sentido de blindaje absoluto al vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, entre otros, ALFONSO MELLADO, C.: “Las

fundamental a los medios de prueba pertinentes pueda ser modelado desde el plano de la legalidad ordinaria, y otra diferente que desde este último se pueda eliminar absolutamente la posibilidad de practicar prueba en contrario en determinados supuestos. En este sentido, repárese en la circunstancia de que en determinadas ramas del derecho, como en el orden penal o en el derecho administrativo sancionador, el propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto de su impertinencia.

Si la intención del legislador ha sido la de revestir al acuerdo de descuelgue de mayores dosis de seguridad jurídica y efectividad, no creemos que este propósito se menoscabe por la posibilidad de permitir la prueba en contrario. Antes al contrario, en una institución excepcional como la del descuelgue del convenio colectivo, no habrá mayor inseguridad jurídica desde la perspectiva de la fuerza vinculante del convenio que la de un acuerdo de esta naturaleza sin la preceptiva causa habilitante. En este sentido, de nuevo destacar que en el supuesto del descuelgue no nos encontramos ante una revisión *ante tempus* del convenio sino ante una adaptación temporal del mismo que obedece a excepcionales causas.

Por todo ello, dado el necesario respeto a la fuerza vinculante del convenio colectivo, en consonancia con su eficacia jurídica normativa y alcance personal general, la excepcionalidad de la institución del descuelgue debe favorecer una interpretación lo más respetuosa posible con la posibilidad de control de los presupuestos causales habilitantes para el descuelgue.

A mayor abundamiento, -argumento éste que creemos a todas luces definitivo-, una interpretación de la regla establecida en el art. 82.3 párrafo sexto ET restrictiva de las posibilidades de impugnación del acuerdo de descuelgue, chocaría frontalmente con las posibilidades de impugnación del propio convenio colectivo estatutario que se confieren en la norma procesal laboral, lo que desde luego carecería de la más mínima lógica jurídica.

En este último sentido, no resulta congruente proponer unas posibilidades de impugnación del acuerdo de descuelgue menores que las del propio convenio colectivo que inaplica temporalmente. Al igual que tampoco resultaría coherente una interpretación que concluyera menores posibilidades de impugnación de un acuerdo de descuelgue alcanzado en la primera fase del procedimiento que las de un acuerdo de descuelgue alcanzado en fases sucesivas<sup>1562</sup>, o decidido en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a través de un laudo arbitral<sup>1563</sup>.

---

actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en VV.AA. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, BAYLOS GRAU, A.: “Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma del 2010”, *Diario La Ley*, 14 de octubre de 2010, nº 7488 o LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 22, 2010.

<sup>1562</sup> BAYLOS GRAU, A.: “Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma del 2010”, *Diario La Ley*, 14 de octubre de 2010, nº 7488

<sup>1563</sup> A pesar de la literalidad de la norma, algún autor ha interpretado que los laudos quedarían sujetos a la misma presunción *iuris et de iure* al estar asimilados plenamente a los acuerdos de empresa, GONZÁLEZ DE LENA, F.: “La negociación colectiva en la reforma de 2010: Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 217 y

En consecuencia con lo expuesto, nuestra conclusión es la de que nos encontramos ante una mera inversión de la carga de la prueba y no ante una verdadera presunción legal, menos aún ante una *iuris et de iure*.

1.1.1.2.- El encaje de la impugnación por ausencia de causa en los motivos tasados del fraude, dolo, coacción o abuso de derecho

Sentado lo anterior, la posibilidad de impugnar un acuerdo de descuelgue alcanzado en el inicial período de consultas por falta del presupuesto legal habilitante se enfrenta en la redacción actual del art. 82.3 ET con un segundo obstáculo que resulta necesario superar.

En este sentido, como ya hemos apuntado, el legislador expresamente previene en la norma que en el supuesto de acuerdo, éste sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Por lo tanto, en una interpretación literal de la Ley, tan sólo en el supuesto de entender que un supuesto de acuerdo sin causa se encuentra comprendido entre los supuestos del fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión a que se refiere la norma, podría mantenerse la posibilidad de su impugnación.

En esta tesitura, en una interpretación lógica e integrada del precepto, y congruente con las amplias posibilidades de impugnación del acuerdo de la decisión en las sucesivas fases del procedimiento, la impugnación de un acuerdo de inaplicación por falta de presupuesto causal habilitante encajaría a nuestro juicio en los supuestos de impugnación tasados en la norma.

En este sentido, es ésta una interpretación que se ha venido apuntando tras la reforma del 2010<sup>1564</sup>, y que se mantiene entre algunos comentaristas de la reforma de 2012<sup>1565</sup>. En esta

---

LAHERA FORTEZA, J.: "El descuelgue salarial" en AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL-RRÉ, F.): *La reforma laboral de 2010*, Ed. Reus, 2011

<sup>1564</sup> ALFONSO MELLADO, C.: "Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna", en VV.AA. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 123, donde textualmente refiere "un acuerdo no amparado en causa debería ser tildado de fraudulento o cuando menos, de abusivo y, en consecuencia, podría ser impugnado judicialmente" O ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: "Problemas en torno a la justificación de la causa para la adopción de las medidas de despido y/o de flexibilidad interna previstas en la Ley 35/2010", *Aranzadi Social*, núm. 17/2010 (Estudio), <http://www.westlaw.es>, págs. 4, para el que se exige al empresario la acreditación de la razonabilidad de la decisión abriéndose la vía del fraude de ley o del abuso de derecho por el ejercicio arbitrario por irrazonable. En sentido contrario excluyendo esta posibilidad, GONZÁLEZ DE LENA, F.: "La negociación colectiva en la reforma de 2010. Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio", *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, pág. 217, para quien entre los supuestos de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho no se encuentra la posibilidad de control judicial de fondo. Sin llegar tan lejos al calificar a los motivos tasados de impugnación por dolo, coacción, fraude de ley o abuso de derecho como factores exógenos al fundamento causal, CRUZ VILLALÓN, J.: "La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010", *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010, págs. 93 a 95, si bien entendería abierta la impugnación por la vía del abuso de derecho en la formalización del acuerdo siempre que en el trámite de consultas no se hubieran explicitado con claridad las causas.

interpretación, la posibilidad de impugnación de un acuerdo de descuelgue por inexistencia de causa caería bajo la cobertura de los supuestos tasados en la norma del fraude de ley o del abuso de derecho<sup>1566</sup>.

Sentada esta conclusión, debemos referirnos brevemente a algunas cuestiones relacionadas con la posible impugnación por los motivos del fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

En primer lugar, para que la consecución de un acuerdo sin causa se pueda entender como fraudulento, y por tanto no amparado por el ordenamiento jurídico, consolidada jurisprudencia viene exigiendo dos condiciones, la primera, referida a la propia constatación del fraude, la segunda, relativa a la intencionalidad del sujeto<sup>1567</sup>.

En relación con el primer requisito, por principio, el fraude de ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca, proclamándose en la actualidad que su existencia, como la del abuso de derecho, sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello. Indicios que, necesariamente, habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados, si bien resulta pacífico que para su constatación sería válido tanto el recurso a pruebas directas como indirectas, entre estas últimas, las presunciones.

En relación con el segundo requisito, una vez manifestados los indicios de su existencia, lo decisivo vendrá determinado por la exigida intención maliciosa de violar la norma, el denominado *animus fraudandi*. En esta concepción, el fraude vendrá integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera tal que será necesario que con la utilización de esa determinada norma del ordenamiento jurídico se persiguiera, pretendiera, o mostrara el propósito de eludir otra del propio ordenamiento, pero con el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitiría<sup>1568</sup>.

---

<sup>1565</sup> ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 63 o CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 180. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial”, *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012, p. 117: “La doctrina también apunta la posibilidad de que el acuerdo pueda ser impugnado judicialmente de manera directa, dado que la modificación es causal y el acuerdo no amparado en la causa legal habilitante podría ser considerado fraudulento o, cuando menos, de abusivo”.

<sup>1566</sup> En este debate, desde cierto sector se propugna “rebajar” la discusión en torno al presupuesto causal habilitante, calificando la polémica como relativamente estéril dado que la prueba en contrario se moverá más en el terreno del fraude, dolo, coacción o del abuso de derecho desde la perspectiva de una supuesta mayor liviandad en la redacción de las causas tras la reforma laboral del 2012, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 120.

<sup>1567</sup> Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 6 de febrero de 2003 en recurso 1207/2002.

<sup>1568</sup> F.J. 6º de Sentencia de la Audiencia Nacional nº 90/2012, de 25 de julio de 2012, AS 2012, 1674, Ponente Manuel Poves, en la que se efectúa una perfecta recapitulación en cuanto a los requisitos jurisprudenciales de intencionalidad para su acreditación “O lo que es igual, el fraude de ley que define

Por ello, sin la necesaria intencionalidad en la conducta de los sujetos legitimados en la negociación de concluir un acuerdo de descuelgue a sabiendas de la inexistencia de causas, no sería posible impugnar el acuerdo alcanzado por fraude de ley, al exigirse en todo caso la intención defraudadora <sup>1569</sup>.

No obstante, faltando el *animus fraudandi*, la posibilidad de impugnar un acuerdo de descuelgue sin causa podría incardinarse en el supuesto del abuso de derecho, desde la perspectiva de que se estarían sobrepasando de manera manifiesta los límites normales de su ejercicio. Volvemos a reiterar que en la materia de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo nos encontramos ante una institución que se presenta como una excepción a la eficacia jurídica normativa y al alcance personal general del convenio colectivo, a su fuerza vinculante, siempre previa habilitación causal <sup>1570</sup>.

A mayor abundamiento, más allá del fraude de ley o del abuso de derecho, un acuerdo de inaplicación sin causa alcanzado en el período de consultas sería igualmente impugnabile en el supuesto de haberse concertado mediante dolo o coacciones. En este sentido, y por una simple aplicación de las reglas generales del derecho, la nulidad de pleno derecho de un acuerdo de descuelgue sobre la premisa de la existencia de vicios en el consentimiento no es cuestionable, bien por error, violencia, intimidación o dolo <sup>1571</sup>. Por ejemplo, un acuerdo alcanzado con fuerza irresistible. O cuando se inspirara en los sujetos negociadores el temor

---

*el art. 6.4 CC es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial".* En el mismo sentido, SAN 190/2013, recurso 284/2013, de fecha 28 de octubre de 2013.

<sup>1569</sup> La jurisprudencia del Supremo es pacífica en este sentido, el fraude de ley no debe ser confundido con la mera infracción o incumplimiento de una norma, por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sala General, de fecha 26 de junio de 2014, en recurso de casación 219/2013, ponente Jordi Agustí Julia, FJ 6º *in fine*: "3. En cuanto a la acreditación del fraude de Ley, en esta misma sentencia de la Sala se razona que : " el fraude de Ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca ( SSTs 16/02/93 - rec. 2655/91 -; ... 21/06/04 -rec. 3143/03 -; y 14/03/05 -rco 6/04 -], lo que puede hacerse -como en el abuso del derecho- mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo las presunciones entre estas últimas el art. 1253 CC [actualmente, arts. 385 y 386 LECiv ] ( SSTs 04/02/99 - rec. 896/98 -; ... 14/05/08 -rcud 884/07 -; y 06/11/08 -rcud 4255/07 -); y aunque el fraude es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma ( SSTs 04/07/94 -rcud 2513/93 -; ... 16/01/96 -rec. 693/95 -; y 31/05/07 -rcud 401/06 -), de todas formas es suficiente con que los datos objetivos revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley ( SSTs 19/06/95 -rco 2371/94 -; y 31/05/07 -rcud 401/06 - ) ". "

<sup>1570</sup> El ordenamiento jurídico no ampara actos u omisiones en los que se sobrepasen los límites normales del ejercicio de los derechos, art. 7: 1 del Código Civil: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso."

<sup>1571</sup> Artículo 1.265 del Código Civil: " Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo"

racional y fundado de sufrir un mal inminente, por ejemplo, la pérdida del empleo en caso de negativa a suscribirlo. O con palabras o maquinaciones insidiosas de parte del empresario induciendo a la parte social a la celebración del mismo. O falseamiento por la empresa de las condiciones laborales aparentando una determinada situación con el único objetivo de alcanzar un acuerdo que, de otro modo, no se hubiera conseguido <sup>1572</sup>. O incluso en el supuesto de incumplimiento por alguna de las partes de las reglas inherentes a la buena fe negocial.

Desde esta perspectiva, como quiera que el Tribunal Supremo viene aplicando de manera pacífica la “presunción” en favor de la concurrencia de causas en los supuestos de acuerdos en períodos de consultas, -no sólo en supuestos de inaplicación de condiciones pactadas en convenios colectivos <sup>1573</sup>, también en otras medidas de flexibilidad interna como por ejemplo en reducciones temporales de jornadas o suspensiones de contratos <sup>1574</sup>-, la única opción para

---

<sup>1572</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010” en VV.AA., *La reforma del mercado de trabajo*, Dirección GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J), Ed. Lex Nova, Valladolid 2010 pág. 202.

<sup>1573</sup> Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 27 de mayo de 2013, en recurso 90/2012, Luis Fernando de Castro González, F.J. 2º.3ª: “3ª).- Finalmente mostramos nuestra discrepancia sobre la inexistencia de causa -económica, técnica, organizativa o de producción- que justificase el acuerdo. Y ello es así, porque -prescindiendo del contenido de las actas de reunión, cuyo contenido no se ha pedido incorporar al relato de hechos- con arreglo al propio art. 82.3 ET, «[c]uando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión»; con lo que en el presente caso, obtenido el acuerdo, resultaría inexacta -ex lege- la afirmación que sobre la inexistencia de causa se hace en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.”

<sup>1574</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Social, de fecha 15 de septiembre de 2014, en recurso de casación 290/2013, Ponente Jesús Souto Prieto, F.J. 3º in fine: “Sin embargo, y con independencia de que por el recurrente no se desvirtúan las conclusiones alcanzadas al respecto por la sentencia recurrida, debemos insistir en el texto del art. 47.1 ET, en el sentido de que una vez alcanzado el acuerdo en el periodo de consultas del procedimiento de suspensión, se presumirá que concurren las causas justificativas y sólo podrá ser impugnado por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, correspondiendo la prueba de estas situaciones al demandante.”. En la misma línea, Sentencia del Tribunal Supremo, ala de lo Social, de fecha 1 de octubre de 2014, en recurso de casación 214/2013, Ponente Jordi Agustí Julia, F.J. 2º.3: “3.- Pero, es que además, pretendiéndose por el Sindicato recurrente que se declare la nulidad de la suspensión de contratos de los 142 trabajadores de la plantilla de la mercantil demandada; medida ésta a la que se llegó con el acuerdo alcanzado entre la empresa y los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas, en el procedimiento a que se refiere el artículo 47.1 del Estatuto de los Trabajadores sobre suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, carecen de la más mínima base las argumentaciones de la recurrente sobre una supuesta falta de aportación documental al expediente, si se tratara de un grupo de empresas, y de la falta de concurrencia de causa justificativa de la medida de suspensión, porque con independencia de que la existencia de grupo empresarial no se ha acreditado, el ya citado artículo 47.1, del texto estatutario, establece que “Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo primero y sólo podría ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho”, presunción que aplicada al presente caso, sin que concurra las circunstancias impeditivas a que hace referencia el propio precepto, ponen de relieve la total falta de consistencia de las señaladas argumentaciones, en un recurso, que por todo lo expuesto, roza la temeridad.”

el posible control judicial de un acuerdo de descuelgue sin causa es la de tratar de reconducir su impugnación a los motivos del fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. En este punto, y como acertadamente se ha puesto de manifiesto, la regulación legal no es que impida examinar la existencia de causa, sino que su exámen ha de hacerse necesariamente a través de los motivos de impugnación previstos; no obstante, resultando éstos lo suficientemente amplios, no hay motivo para desde esta perspectiva excluir el exámen de la causalidad<sup>1575</sup>

### **1.1.2.- Impugnación de acuerdos alcanzados en fases sucesivas por inexistencia de causa**

Sentado lo anterior, no acaban aquí los problemas interpretativos en relación con la posible impugnación de acuerdos de inaplicación por inexistencia del presupuesto legal habilitante.

En este sentido, como hemos apuntado al comienzo del Capítulo, en la redacción del art. 82.3 ET el legislador ha revestido de ése plus de legitimidad vía “presunción” tan solo al acuerdo de descuelgue alcanzado en el período de consultas, guardando silencio en este punto en relación a los acuerdos alcanzados en las fases sucesivas en la denominada gestión del desacuerdo.

Por ello, se plantea el interrogante de si la “presunción”, o el control judicial tasado, resultan extensibles o no a esos otros acuerdos de inaplicación.

A la vista del silencio del legislador en la redacción del art. 82.3 ET, dos son las cuestiones que se nos plantean. Primera, si va a resultar posible o no impugnar los acuerdos de descuelgue alcanzados en las sucesivas fases en la gestión del desacuerdo. Segunda, en el caso de respuesta afirmativa, cuál va a ser el alcance del posible control judicial.

En lo referente a la primera cuestión, la respuesta debe ser sin duda afirmativa. Como decimos, en principio el art. 82.3 ET guarda silencio sobre las posibilidades de impugnación de un hipotético acuerdo de inaplicación alcanzado en el seno de la comisión paritaria del convenio o en el contexto de una mediación en acuerdo de solución autónoma de conflictos. Por el contrario, no es ésta la opción del legislador en el escenario de laudo arbitral dictado en el seno de un acuerdo de solución autónoma de conflictos, o en el caso de decisiones o laudos en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano que le sustituya. En estos últimos supuestos, la norma se refiere expresamente hasta en dos ocasiones a las posibilidades de recurso conforme al procedimiento y por los motivos establecidos en el artículo 91 ET. Es decir, control judicial “amplio”.

Siendo así, en una interpretación sistemática e integradora de la norma, no parece conforme a la lógica jurídica concluir que la norma amparara la impugnación de las decisiones o laudos

---

<sup>1575</sup> SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva”, en *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, RAMOS QUINTANA, M<sup>a</sup>. I. (Dir.), GRAU PINEDA M<sup>a</sup>. (Coord.), Editorial Bonarzo, Albacete, 1<sup>a</sup> Edición, Diciembre 2013, págs. 123 y 124. El autor sigue a ALFONSO MELLADO, C.L.: “El control judicial de la modificación sustancial de condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica”, *Revista de Derecho Social*, nº 62, 2013.



sustitutivos del acuerdo y no amparara una impugnación de los acuerdos de descuelgue alcanzados en la segunda o tercera fase del procedimiento.

A mayor abundamiento, es la propia norma la que en el art. 91 ET establece que el acuerdo logrado en mediación o el laudo arbitral dictado en procedimientos *ex art.* 83 ET en controversias derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, tendrá la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos previstos en el ET, siendo susceptible de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos<sup>1576</sup>.

Lo mismo en lo referente a las resoluciones de la comisión paritaria sobre interpretación o aplicación del convenio *ex art.* 91.4 ET. De nuevo se establece en la Ley que tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios estatutarios, lo que a nuestro juicio abre la puerta a su impugnación por los motivos y por el procedimiento aplicable a estos últimos.

Por lo tanto, desde esta perspectiva, el silencio legal no sería obstáculo a su impugnabilidad.

Sentada esta posibilidad, nada se refiere en la norma como decimos en lo relativo a la “presunción” de la concurrencia de causas en estos supuestos de acuerdos alcanzados más allá del inicial período de consultas.

En este sentido, nos encontramos igualmente ante productos manifestación del derecho a la autonomía colectiva, al igual que en el supuesto del acuerdo alcanzado en la primera fase<sup>1577</sup>. En consecuencia, si la intención del legislador con la instauración de la “presunción” en la primera fase era la de revestir de ése plus de legitimidad al acuerdo en cuanto manifestación *ex art.* 37 CE, lo coherente hubiera sido que se hubiera trasladado igualmente esta “presunción” al resto de los acuerdos alcanzados en las posteriores. Pero no ha sido ésta la opción legal.

En todo caso, no es posible extender la “presunción” ni el control judicial tasado a los acuerdos alcanzados en la segunda y tercera fase del procedimiento desde la perspectiva de que existen en la norma dos previsiones que confirman la posibilidad de control judicial “amplio” de estos acuerdos.

En primer término, como acabamos de apuntar, el propio legislador establece en el art. 91.2 ET que los acuerdos logrados en mediaciones o en laudos arbitrales ante órganos creados mediante acuerdos interprofesionales en controversias derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, se impugnarán por los motivos y conforme al procedimiento de la impugnación de convenio colectivo *ex art.* 163 LRJS. Lo mismo para los acuerdos sobre interpretación o aplicación del convenio alcanzados en comisión paritaria *ex art.* 91.4 ET. Siendo así, la remisión al procedimiento previsto para la impugnación de los

---

<sup>1576</sup> Eso sí, siempre con la reserva de que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la necesaria legitimación para acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo.

<sup>1577</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, p. 5 y 6.

convenios colectivos sin reserva alguna en el art. 82.3 ET aclara sobremanera las posibilidades de impugnación.

En segundo término, aunque ya sólo referido a los laudos arbitrales dictados en un acuerdo interprofesional y a los laudos o decisiones dictadas en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, en el propio art. 82.3 ET hasta en dos ocasiones se especifica expresamente que tales laudos o decisiones serán impugnables, de nuevo sin restricción alguna, por los motivos y los procedimientos previstos en el art. 91 ET, que a su vez remite al procedimiento de impugnación de convenios colectivos como decimos. No hay duda en este sentido con respecto a la posibilidad de control judicial amplio. Así se ha puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional en las recientes sentencias resolviendo recursos de inconstitucionalidad contra la reforma laboral por posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en lo que concierne a la intervención decisoria de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico equivalente.

Por lo tanto, no resulta lógica ni coherente una interpretación de la norma por la que se otorgue un tratamiento diferente en lo que se refiere a las posibilidades de impugnación al acuerdo de descuelgue en función de la fase del procedimiento en que éste hubiera sido suscrito. Conclusión ésta además que bajo nuestro punto de vista refuerza nuestra anterior en el sentido del posible control judicial “amplio” de los acuerdos alcanzados en la primera fase del procedimiento.

### *1.2.-Impugnación por otros motivos al margen del presupuesto causal*

Hasta ahora nos hemos referido a la impugnación del descuelgue vinculada al presupuesto causal. Ahora bien, a pesar de que en una primera lectura del texto del art. 82.3 ET párr. 6º pudiera pensarse que el legislador vincula impugnación a causalidad, -al menos esta inicial conclusión se pudo deducir en el supuesto del acuerdo alcanzado en el período de consultas-, no hay duda de que resulta posible extender el control judicial del descuelgue a otros supuestos más allá del de la mera constatación de las causas<sup>1578</sup>.

En este sentido, esta conclusión no es discutible en los supuestos de los laudos dictados en el seno de los órganos de solución autónoma de conflictos o en el caso de decisiones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano equivalente de comunidad autónoma, en su seno o mediante árbitro, por la remisión expresa en el propio art. 82.3 párr. 7º y 8º al procedimiento y a los motivos de impugnación establecidos en el art. 91 ET. Esto es, al procedimiento de impugnación de convenios colectivos, que como sabemos ampara la impugnación por ilegalidad, lesividad y, específicamente, en el caso de que no se hubiesen

---

<sup>1578</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 174: “Ahora bien, esta regla limita, en su caso, esas posibilidades de impugnación si el objeto de debate se ha de centrar en las causas, que de esta forma se presumen si hay acuerdo. Pero el acuerdo puede cuestionarse también por otros motivos no relacionados con las causas ...”

observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión <sup>1579</sup>.

En este sentido se pronuncia unánimemente la doctrina científica <sup>1580</sup>. No sólo por los motivos de ilegalidad o lesividad del art. 163.1 de la LRJS, más allá, en el supuesto de los laudos, específicamente por los motivos previstos en el art. 65.4 LRJS de excesos sobre el arbitraje, haber resuelto aspectos no sometidos o que no pudieran ser objeto del mismo, vicio esencial de procedimiento o infracción de normas imperativas <sup>1581</sup>. No obstante, determinada doctrina judicial matiza que cuando las impugnaciones de los laudos se apoyen en la ilegalidad deben ser especialmente exigentes, particularmente cuando se opongan a los criterios de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad utilizados en las resoluciones, puesto que dichos extremos se relacionan propiamente con los laudos de equidad cuyo control judicial es más limitado <sup>1582</sup>.

En este contexto, en una interpretación integradora de la norma, no puede ser otra la conclusión para el supuesto de los acuerdos alcanzados en período de consultas, en la comisión paritaria o ante el correspondiente órgano de solución autónoma de conflictos, a pesar del silencio en la redacción del párr. 6º y 7º art. 82.3 ET a estos efectos.

En la tesis contraria, quedarían fuera del control judicial cuestiones fundamentales en la regulación de la institución de la inaplicación del convenio colectivo como, por ejemplo, los del cumplimiento de los requisitos de procedimiento que se imponen de manera imperativa en la regulación del descuelgue. En este sentido, no se podría impugnar un descuelgue cuando el período de consultas no se hubiera negociado con los sujetos legitimados para la negociación. O no se podría tampoco impugnar en los supuestos de inadecuada constitución de la comisión negociadora representativa en el supuestos de existir varios centros de trabajo. O porque no se hubieran respetado los plazos de negociación establecidos en la Ley. O porque no se hubiera cumplido con las obligaciones empresariales de información y de entrega de

---

<sup>1579</sup> “En cuanto al alcance de la revisión judicial del laudo o decisión, la Audiencia Nacional ha sostenido que el control judicial puede extenderse a todos los elementos de legalidad, “tanto en cuanto a la asunción de competencia por parte del órgano administrativo (vinculados esencialmente a la previa negociación en período de consultas y en su caso, comisión paritaria u órgano de solución extrajudicial de conflictos), como en lo relativo al supuesto de hecho que da lugar a la inaplicación del convenio, a la relación de causalidad y proporcionalidad entre la causa probada y la medida de inaplicación adoptada y, en general, a cualesquiera otros aspectos de legalidad procedimental o de fondo de la actuación administrativa”, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC”, Jornada técnica de la CCNCC “Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET”, Madrid 18 de junio de 2014, p. 41, sigue criterio en Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de febrero de 2014, en procedimiento 356/2013, Ponente López Parada.

<sup>1580</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 122. ALFONSO MELLADO, C.: “Novedades en materia de arbitraje y experiencias en el tribunal de arbitraje laboral de la Comunidad Valenciana”, XII Jornadas de la Fundación SIMA 21, octubre 2010, p. 20. MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012”, Aranzadi Social núm. 9/2013 (informes), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2013\14, p. 10

<sup>1581</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 128/2013, de fecha 19 de junio 2013, en recurso 211/2013, Ponente Ricardo Bodas.

<sup>1582</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de febrero de 2014, en recurso 356/2013, Ponente López Parada, F.J. 9º.

documentación exigidas en la norma. O cuando el acuerdo no se hubiera refrendado con miembros de la representación legal o de la comisión representativa que, a su vez, representaran a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados por el descuelgue. O en el supuesto de que se estuviera disponiendo en el acuerdo de materias indisponibles a través del descuelgue. O porque el acuerdo no se ajustara al mínimo exigido legalmente, o porque se previera una duración superior a la legalmente permitida como máxima.

En definitiva, no hay razón alguna en esta tesitura para limitar la impugnación a las cuestiones referidas exclusivamente al presupuesto causal habilitante. Antes al contrario, resultando como sabemos muy exigente la regulación legal en materia de procedimiento, la interpretación lógica es la de entender extensible la impugnación a las cuestiones referidas a esta materia “formal”.

A mayor abundamiento, como hemos apuntado, para el supuesto de descuelgues negociados con acuerdo, los motivos de impugnación específicamente tasados en la norma del fraude de ley, abuso de derecho, dolo o coacción, permiten abrir las posibilidades de impugnación a otros supuestos más allá del de la propia constatación de las causas <sup>1583</sup>. En estos términos, podría defenderse como fraudulento un acuerdo concertado sin respetar las normas del período de consultas <sup>1584</sup>. O como abusivo sobre la premisa de una documentación aportada por la empresa que no se correspondiera con la situación real de la compañía. O, en parecidos términos, un acuerdo en el que no se reflejaran las verdaderas condiciones laborales de los trabajadores afectados <sup>1585</sup>. O alcanzado mediante coacciones, con la amenaza de infligir un

---

<sup>1583</sup> En este sentido, CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 180 y 181, entiende lógico pensar en la posibilidad de impugnar la inaplicación cuando se hubieran incumplido las reglas sobre procedimiento por el genérico motivo del fraude de ley, si bien entiende que no cualquier incumplimiento de los requisitos legales sobre la negociación y tramitación del acuerdo determinaría la concurrencia del fraude.

<sup>1584</sup> En este punto se propone por determinada doctrina una interpretación analógica de la regulación contenida en el procedimiento especial de impugnación de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo dada la regulación transversal de la norma en el art. 41.4 ET, regulación la del art. 138 LRJS donde expresamente el legislador sí que ha previsto la nulidad de las decisiones adoptadas en fraude de ley al eludirse las normas relativas al período de consultas, CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 180 y 181 : “Parece defendible que el acuerdo de inaplicación del convenio a que se refiere el art. 82.3 ET pueda considerarse en fraude de ley (o abuso de derecho según las circunstancias) si se han incumplido las normas relativas al período de consultas. Cabe mantener esta interpretación por analogía con las reglas aplicables en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo, justificada por las conexiones que han existido entre las vías del art. 41 ET y 82.3 ET. En concreto, según el art. 138 LRJS, la actuación empresarial (de modificación sustancial de condiciones de trabajo) se declarará nula cuando haya sido adoptada en fraude de ley, “eludiendo las normas relativas al período de consultas”. Un efecto que cabe esperar alcance al acuerdo mismo (de haberlo) en que se haya apoyado la decisión empresarial. No se olvide que esas normas relativas al período de consulta en ambos casos serían las mismas, esto es, las reguladas en el art. 41 ET”

<sup>1585</sup> La Sentencia de la Audiencia Nacional número 166/2013, de 24 de septiembre de 2013, recurso 118/2012, Ponente San Martín Mazzucconi ampara la impugnación por la modalidad del procedimiento ordinario por el motivo del abuso de derecho en un despido en el que no se habían tomado en cuenta las antigüedades reales de determinados trabajadores.

mal mayor, o mediante engaño. En definitiva, un acuerdo suscrito sin respetarse por una de las partes las reglas de la buena fe negocial.

En todo caso, existe otro argumento que entendemos que resulta definitivo a estos efectos para fundamentar las posibilidades de impugnación por otros motivos más allá del presupuesto causal.

En ese sentido, y anticipándonos a la respuesta en cuanto a la modalidad procesal aplicable en los supuestos de impugnación de acuerdos alcanzados en el período de consultas o en mediación ante la paritaria o ante órgano de solución autónoma, cuestión ésta a la que nos vamos a referir en el apartado 3 del presente Capítulo, el control judicial amplio del acuerdo va a quedar amparado desde la perspectiva de que a nuestro juicio la modalidad procesal aplicable va a ser la de la impugnación del convenio colectivo ex art. 163 y siguientes LRJS, quedando abierto el control judicial en esta interpretación por los genéricos motivos de impugnación de los propios convenios colectivos.

No obstante, señalar que en los supuestos de impugnaciones de acuerdos de inaplicación alcanzados en períodos de consultas por motivos no relacionados con el presupuesto causal no aplica la inversión de la carga de la prueba de la “presunción” a favor de la concurrencia de causas <sup>1586</sup>. En todo caso, en reciente doctrina judicial se señala que en los supuestos de decisiones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, ya en su seno, ya mediante árbitro designado al efecto, con apoyo en la especialización e imparcialidad del órgano administrativo o arbitral, existe una cierta “*presunción de certeza*” de su actuación que supone que, aún encontrándose su actuación bajo control judicial, dicho órgano cuenta con un margen de autonomía y apreciación en lo relativo a los aspectos fácticos de naturaleza técnica, económica y organizativa, esto es, al apreciar la concurrencia de las causas <sup>1587</sup>, margen “*mayor incluso al emitir el pronunciamiento sobre las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad y decidir las nuevas condiciones aplicables en la empresa, pues esta materia es más propia de un laudo de equidad “cuyo control jurisdiccional es más limitado”*” <sup>1588</sup>.

---

<sup>1586</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 181: “*Por tanto, la presunción legal del art. 82.3 ET lo que realmente hace, al limitar las posibilidades de impugnación, es limitar el posible objeto de debate de aquéllas impugnaciones que se centren en el acuerdo, pues en tales casos si no ha habido fraude, ni vicios del consentimiento las causas no serán objeto de discusión. No afecta en cambio a las posibilidades de impugnación del acuerdo por otros motivos y por supuesto por la aplicación que del mismo lleve a cabo el empresario*”

<sup>1587</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de febrero de 2014, en procedimiento 356/2013, Ponente Rafael López Parada.

<sup>1588</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “*El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC*”, Jornada técnica de la CCNCC “Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET”, Madrid 18 de junio de 2014, p. 41, apoyándose en fundamentación en Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 28 de enero de 2013, en procedimiento 316/2012.

## 2.- LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS DEL EMPRESARIO EN APLICACIÓN DEL ACUERDO DE DESCUELQUE O DE LA DECISIÓN SUSTITUTIVA

Hasta ahora nos hemos venido refiriendo al alcance del control judicial pero limitándolo al supuesto de la impugnación del acuerdo de descuelgue o de su decisión sustitutiva en sentido estricto.

Ahora bien, para que la inaplicación del convenio colectivo tenga plena efectividad, en la mayor parte de las ocasiones va a resultar necesario que el empresario lleve a cabo un posterior acto en aplicación de aquél acuerdo o decisión. Acto de aplicación empresarial a través del cual se van a imponer *de facto* las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa. Desde esta perspectiva, acuerdo de descuelgue o decisión no serían sino una “habilitación” para que el empresario materializara posteriormente la inaplicación del convenio que, al fin y a la postre, es el objetivo pretendido por la empresa que insta el procedimiento.

Es precisamente en este contexto del posterior acto de aplicación del acuerdo de inaplicación en el que nos planteamos la posibilidad de extender el control judicial a aquél, a través de los posteriores conflictos colectivos o individuales que pudieran promoverse por los legitimados para ello<sup>1589</sup>.

No resulta discutible que los trabajadores afectados por la inaplicación de las condiciones pactadas en el convenio colectivo estatutario carecen de la necesaria legitimación activa para la impugnación directa de los acuerdos de descuelgue o de los laudos, impugnación para la que se encuentran exclusivamente legitimados los sujetos colectivos o los terceros lesionados. Siendo así, y dado que la Ley Procesal prevé expresamente que la falta de impugnación directa de un convenio no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, la posibilidad de impugnación del acto de aplicación en materia de descuelgue abriría la puerta a la impugnación por los sujetos individuales afectados por la inaplicación<sup>1590</sup>.

En este sentido, el hecho de que el legislador no haya previsto en la redacción del art. 82.3 ET la obligatoriedad para el empresario de llevar a caso una actuación adicional en ejecución del acuerdo, no sería razón suficiente para negar las posibilidades de impugnación del acto en aplicación del descuelgue, bien a través de un procedimiento conflicto colectivo, bien a través de uno individual, en función de que sea un colectivo o un trabajador individual el que se

---

<sup>1589</sup> ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 64. Siguiendo este razonamiento, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 126.

<sup>1590</sup> La propia norma procesal prevé expresamente en el art. 163.4 LRJS, a falta de impugnación directa de un convenio colectivo, la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación a través de los conflictos colectivos o individuales que pudieran promoverse por el motivo de no ser conformes a Derecho. Incluso prevé que si el Juez o Tribunal apreciara en dichos procedimientos la ilegalidad de alguna de sus cláusulas, se pusiera por estos en conocimiento del Fiscal para que, en su caso, se pudiera plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal del 163 LRJS.

entienda perjudicado por una posible interpretación del acuerdo en la aplicación del mismo  
1591 .

En este contexto, a nuestro juicio nos podemos encontrar con dos situaciones diferentes que exigen respuestas particularizadas. Una primera, en la que el empresario se limitara a ejecutar el acuerdo de descuelgue o la decisión sustitutiva en sus estrictos términos, es decir, sin exceder por tanto de lo que podemos convenir como la “habilitación” del acuerdo de inaplicación. Una segunda en la que el empresario, en el acto de aplicación del descuelgue, interpretara y aplicara el acuerdo o decisión sustitutiva excediendo de la “habilitación” previa.

El alcance del posible control judicial de los actos de aplicación debe ser a nuestro juicio diferente en función de uno u otro supuesto.

Opción primera: el empresario se limita a ejecutar el descuelgue acordado, o decidido, en sus propios términos.

En esta opción, la respuesta a su vez va a variar en función de que hubiera existido o no una previa impugnación colectiva del acuerdo de descuelgue o de la decisión sustitutiva.

En el primer escenario, existencia de un previo control judicial del acuerdo de descuelgue o decisión sustitutiva, una conclusión a favor de un control judicial “amplio” del acto del empresario en aplicación del acuerdo o decisión supone abrir la puerta a una segunda impugnación, en contra de la lógica y seguridad jurídica al volver a debatirse, en su caso, sobre las cuestiones ya examinadas en el procedimiento colectivo anterior: casusas habilitantes, cuestiones de procedimiento, de legitimación, de contenido del acuerdo, etc ...

Siendo así, no nos parece ésta en absoluto una lectura razonable y coherente de la norma en aras de la mínima seguridad jurídica.

Por lo tanto, de haber existido un procedimiento colectivo previo a resultados del cual un órgano judicial ya se hubiera pronunciado sobre aquéllas cuestiones, a ése previo pronunciamiento debería otorgársele a nuestro juicio los efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales que se pudieran plantear, por analogía a la dispuesto en el art. 124.13.b) 2ª de la LRJS. A salvo lógicamente que la impugnación del acto de aplicación tuviera que ver exclusivamente con posibles situaciones individuales en las que se pretendiera ventilar pretensiones de posibles nulidades por vulneración de derechos fundamentales, o cuestiones referidas a preferencias atribuidas a determinados trabajadores sobre otros, etc....

Es por ello que, en el hipotético supuesto de pendencia de procedimiento colectivo de impugnación del acuerdo de descuelgue o del laudo, se debería proceder en estos supuestos

---

<sup>1591</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 175 y ss: “El hecho de que el art. 82.3 ET no haya previsto de forma expresa una actuación adicional del empresario, de ejecución del acuerdo, no parece suficiente para negar las posibilidades de impugnar la aplicación del acuerdo, si no se está conforme con la interpretación que el empresario hace del mismo o con el alcance subjetivo que se le ha dado. Cabe pensar que esa impugnación puede llevarse a cabo de forma colectiva, al haber un interés general en juego o afectar a un colectivo susceptible de determinación individual (en los términos del art. 153.1 LRJS), pero también de forma individual”.

de impugnación de los actos en aplicación del descuelgue a la suspensión de los procesos individuales o colectivos pendientes en impugnaciones del acto de aplicación, operando la interrupción de los plazos de prescripción de las acciones <sup>1592</sup>.

En el segundo escenario, no impugnación del acuerdo de descuelgue o de la decisión sustitutiva a través de un procedimiento colectivo previo, la respuesta debería ser diferente.

En este contexto, no existiendo cosa juzgada, la aplicación de la regla prevenida en el art. 163.4 de la LRJS permite la impugnación “plena” del acto llevado a cabo por el empresario en aplicación del acuerdo o del laudo a través de las correspondientes reclamaciones individuales o colectivas que pudieran plantearse <sup>1593</sup>. No obstante, esta interpretación literal de la norma procesal, genera problemas de inseguridad jurídica evidentes, en cuanto que se abre la posibilidad teórica de efectuar tantas reclamaciones individuales como afectados hubiera por el descuelgue. No obstante, insistimos en que es ésta la interpretación que se deduce de la posibilidad contemplada en el art. 163.4 LRJS.

Por ello, en los supuestos en los que el empresario se limitara a ejecutar el acuerdo de descuelgue o la decisión sustitutiva en sus estrictos términos, de *lege ferenda* proponemos una lectura correctora de la norma en la que se limitara el posible enjuiciamiento individual del acto en aplicación del descuelgue a la estricta valoración de las circunstancias personales de sujetos individuales, evitando situaciones como las que se vienen produciendo en los supuestos de impugnaciones individuales de despidos colectivos, máxime cuando en este supuesto el legislador no ha previsto para el descuelgue la posibilidad para el empresario de ejercitar la denominada “acción de jactancia” al modo de lo prevenido en el art. 124.3 de la LRJS.

Solución diferente en el supuesto de impugnación colectiva del acto en aplicación del descuelgue o decisión sustitutiva. Aquí sí que entendemos que la aplicación de la tutela judicial efectiva prima la posibilidad de impugnación colectiva del acto en aplicación del acuerdo o decisión.

No obstante, en estos supuestos de posible impugnaciones individuales de los actos en aplicación de los acuerdos de descuelgue, a nuestro juicio operaría la inversión de la carga de

---

<sup>1592</sup> En esta línea pero no en los mismos términos, CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTROYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 384 y 385: “parece lógico pensar que, los trabajadores afectados, de forma individual puedan demandar en proceso ordinario y con fundamento en los efectos perjudiciales que la inaplicación del convenio les pueda causar, sin perjuicio de que, si ha habido una impugnación de forma colectiva, por el procedimiento de conflicto colectivo (art. 153 LRJS), se suspendan los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse (art. 160.5 LRJS) e interrumpa en todo caso la prescripción de las acciones individuales en igual relación con el objeto del referido conflicto (art. 160.6 LRJS)”

<sup>1593</sup> Art. 163.4 Ley 36/2011: “4.- La falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho. El juez o tribunal que en dichos procedimientos apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos”



la prueba de conformidad con la “presunción” a favor de la concurrencia de causas en acuerdos alcanzados en períodos de consultas, así como la “presunción de certeza” en la actuación del árbitro a la vista de la especialización e imparcialidad que se presuponen.

Opción segunda: el empresario aplica o interpreta *in extenso* el acuerdo de descuelgue o la decisión sustitutiva más allá de los términos de la “habilitación” previa

En este segundo supuesto el escenario resulta completamente diferente, resultando lógica la necesidad de examinar sin restricción alguna el posible “exceso” o no del empresario en la aplicación del acuerdo descuelgue o de la decisión sustitutiva.

Por ello, en este caso, entendemos totalmente conforme a la lógica jurídica y al derecho a la tutela judicial efectiva la interpretación en el sentido de amparar un control judicial “amplio” del acto en aplicación del acuerdo de descuelgue o decisión sustitutiva. Impugnación en la que se abriría el debate al posible exceso sobre la previa “habilitación”, y ello con independencia de que hubiera existido o no una anterior impugnación colectiva del acuerdo o de la decisión sustitutiva.

En esta lectura, más allá de una posible impugnación colectiva por la modalidad procesal del conflicto colectivo, resultaría posible reclamar individualmente por la modalidad del procedimiento ordinario en los casos en los que el empresario se separara de lo pactado en el acuerdo en el momento de ejecutar el descuelgue <sup>1594</sup>.

### **3.- CUESTIONES PROCESALES EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN DE DESCUELQUES**

#### **3.1.- Los mecanismos procesales de impugnación de los descuelgues de convenio colectivo**

##### **3.1.1.- En el supuesto de impugnación de acuerdos de descuelgue o decisión sustitutiva**

Guarda silencio la norma en el art. 82.3 ET en relación a cuál debe ser la vía procesal de impugnación en los supuestos de acuerdos de descuelgue alcanzados en el período de consultas, ante la comisión paritaria del convenio, o ante el órgano de solución autónoma de conflictos que se hubiera podido constituir en acuerdo interprofesional.

No sucede lo mismo como ya conocemos en el caso del descuelgue decidido mediante laudo arbitral dictado en el seno de un acuerdo interprofesional de solución autónoma de conflictos o en el de decisión adoptada, en su propio seno o por árbitro designado al efecto, por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico. Laudos o decisiones para cuya impugnación el legislador se remite de manera expresa a la modalidad procesal de la impugnación del convenio colectivo del Capítulo IX del Título II de la LRJS.

En todo caso, pese al silencio legal, encontrándonos ante una impugnación de carácter colectivo, las vías procesales de impugnación de los acuerdos de descuelgue quedarían

---

<sup>1594</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 123 y 124, siguiendo a MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo”, en THIBAULT, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012, p. 247.

limitadas a dos, bien la modalidad procesal de impugnación de los convenios colectivos ex art. 163 y ss LRJS, bien el procedimiento de conflicto colectivo ex art. 153 y ss LRJS.

En una primera lectura, jugarían como argumentos para defender la aplicación del proceso de la impugnación del convenio colectivo los de la naturaleza y eficacia jurídicas del acuerdo de descuelgue y su encaje sistemático en el Título III ET. A favor de la aplicabilidad de la modalidad procesal del conflicto colectivo, la ampliación de su ámbito de aplicación tras la promulgación de la LRJS, con la consiguiente reducción del ámbito objetivo de la modalidad procesal de la impugnación de convenio <sup>1595</sup>.

En este punto del debate, se intuye que la naturaleza jurídica del acuerdo de inaplicación va a resultar clave en la solución del problema.

Si efectuamos una aproximación a la interpretación entre los comentaristas que se han ocupado de analizar la cuestión, no se encuentra una respuesta uniforme a la cuestión, oscilando las posiciones entre quienes concluyen en favor de la aplicación del proceso de impugnación del convenio colectivo, quienes señalan argumentos a favor y en contra de la aplicación de uno u otro procedimiento, y quienes entienden sin ambages aplicable la modalidad procesal del conflicto colectivo.

A favor de la primera interpretación, -aplicación de la modalidad procesal del Capítulo IX del Título II de la LRJS relativa a la impugnación del convenio colectivo-, se apuntan como argumentos los de que esta modalidad procesal se extiende tanto a los estatutarios como a los extraestatutarios así como las referencias en el art. 82.3 ET a la impugnación de los laudos arbitrales sustitutivos de los acuerdos en período de consultas por la modalidad procesal de la impugnación de convenios colectivos <sup>1596</sup>. No obstante, y con independencia de que anticipamos desde ahora que compartimos la aplicabilidad del procedimiento de la impugnación del convenio colectivo, la nueva redacción del art. 163 LRJS tras promulgación de la Ley 36/2011 impide por sí misma y sin mayor fundamentación esta conclusión <sup>1597</sup>.

---

<sup>1595</sup> A los *efectos* que nos interesan, quedan dentro del ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo no sólo las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de un, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, sino también la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos no comprendidos en el artículo 163 de esa Ley, esto es, textualmente, todos menos los convenios colectivos estatutarios y los laudos sustitutivos de estos. De la misma manera, tras Ley 36/2011 se ha suprimido del precepto dedicado a la legitimación para la impugnación del convenio colectivo toda referencia al convenio, “cualquiera que sea su eficacia”, con lo que implica a los efectos del debate.

<sup>1596</sup> ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 63, con alusión a las SSTs de 10 de mayo de 2011, rec. 157/2010, y la STS de 18 de julio de 2011, rec. 175/2010.

<sup>1597</sup> Con la redacción del anterior art. 163 de la Ley de Procedimiento Laboral, al referirse la norma en el proceso de impugnación del convenio colectivo a la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo “*cualquiera que fuera su eficacia*”, esta referencia expresa llevó a la doctrina científica y judicial a concluir la posibilidad de impugnación de los convenios colectivos tanto estatutarios como extraestatutarios bajo esa modalidad procesal. Ahora, tras la promulgación de la Ley 36/2011, esta interpretación es más complicada de mantener pues el legislador entiende comprendido en el ámbito

En una segunda postura, pese a la existencia de argumentos para defender la aplicabilidad del proceso de impugnación de convenio colectivo, -el encaje sistemático de los descuelgues en el Título III o la sujeción a la obligación de registro del acuerdo-, la opción se decantaría por la aplicabilidad de la modalidad procesal del conflicto colectivo desde la perspectiva de la falta de legitimación activa de los empresarios y de los trabajadores individuales para la impugnación por la modalidad procesal de la impugnación del convenio colectivo. Siendo así, como quiera que en el acuerdo de descuelgue no nos encontramos *strictu sensu* ante un convenio colectivo, se defiende la aplicación del procedimiento de conflicto colectivo <sup>1598</sup>.

En una tercera opción interpretativa, aún siendo cierto que el Tribunal Supremo había zanjado el debate de la impugnación de los convenios extraestatutarios o de los acuerdos o pactos colectivos en favor de la aplicación del procedimiento especial de la impugnación de convenio colectivo <sup>1599</sup>, una interpretación literal de la norma procesal tras la nueva redacción del art. 163 de la LRJS pone de manifiesto las limitaciones para aplicar el proceso de impugnación de convenio al supuesto de impugnación de un acuerdo de descuelgue dada la reducción de su ámbito de objetivo de aplicación a los convenios estatutarios o a los laudos sustitutivos de éstos <sup>1600</sup>.

No obstante, más allá del tenor literal de la norma procesal, en una interpretación lógica de la norma la naturaleza jurídica que entendamos predicable del acuerdo de descuelgue va a condicionar a nuestro juicio la interpretación.

Si entendemos que el producto resultante del acuerdo alcanzado en el período de consultas, o en cualquiera de las posibles fases sucesivas para el desbloqueo negocial, presenta la naturaleza jurídica del convenio colectivo estatutario, la modalidad procesal aplicable sería sin duda la de la impugnación del convenio colectivo *ex art.* 163 y ss de la LRJS. Pero como hemos analizado en un capítulo anterior, una cuestión es otorgar al acuerdo de descuelgue la eficacia jurídica del convenio colectivo estatutario que inaplica y otra otorgarle su misma naturaleza jurídica <sup>1601</sup>.

Por el contrario, si entendemos que la naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue es diversa a la del propio convenio estatutario al que sustituye, pese a tener su misma eficacia jurídica y alcance personal general, defender la aplicación del procedimiento de impugnación del

---

de aplicación del proceso de conflicto colectivo la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos no comprendidos en el artículo 163 de esa Ley, es decir, de todos lo que no sean convenios colectivos de los regulados en el Título III del ET o laudos arbitrales sustitutivos de estos.

<sup>1598</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 120.

<sup>1599</sup> Entre otras, de 29 de enero de 2004, RJ 2004/958, de 26 de enero de 2010, RJ 2010/3126 o de 23 de marzo de 2010, RJ 2010/2479

<sup>1600</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 181 a 188.

<sup>1601</sup> Precisamente éste es el argumento de la AN en su sentencia número 3/2014, de 14 de enero de 2014, recurso 400/2013.

convenio colectivo con la actual redacción de la ley procesal no sería posible, debiendo acudir a la modalidad del conflicto colectivo.

En este debate, nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo I del presente trabajo en el que hemos concluido en una interpretación a favor de la asimilación del acuerdo de descuelgue al convenio colectivo en lo que se refiere a su naturaleza jurídica. Sin ánimo de ser reiterativos, existen argumentos más que suficientes para defender la aplicabilidad del procedimiento del Capítulo IX del Título II de la LRJS referido a la modalidad procesal de la impugnación del convenio colectivo <sup>1602</sup>.

En primer término, que el acuerdo de inaplicación cumpla una innegable función reguladora, en tanto que incorpora nuevas condiciones que se van a aplicar, o que se van a dejar de aplicar en su caso, en la empresa, que constituya una manifestación de la autonomía colectiva, y que encuentre encaje sistemático en el Título III del ET dedicado a la regulación del convenio estatutario, son razones de suficiente peso como para defender que la impugnación del acuerdo debería encauzarse por la misma modalidad procesal que la prevista para la impugnación del convenio colectivo <sup>1603</sup>.

En segundo lugar, no sólo nos encontramos ante un producto de la autonomía colectiva con una evidente función reguladora y con encaje sistemático en el Título III del ET. Más allá aún, el acuerdo de descuelgue sustituye íntegramente al convenio colectivo que inaplica en las materias objeto de descuelgue, sustitución que no deja de serlo por mucho que se encuentre limitada en el tiempo.

Siendo así, no tendría sentido alguno que el convenio colectivo se pudiera impugnar por la modalidad específica del Capítulo IX del Título II de la LRJS y que el acuerdo colectivo que le sustituye debiera, en su caso, impugnarse por una modalidad procesal cuyo ámbito de aplicación en principio no está pensado para la impugnación del convenio estatutario. Y este sentido, reciente doctrina judicial, siguiendo determinada línea interpretativa del Tribunal Supremo para los supuestos de impugnación de arbitrajes en sustitución de ordenanzas laborales, concluye la viabilidad de aplicación de la modalidad procesal de la impugnación del convenio colectivo en supuestos para los que en principio no estaría configurada esta modalidad procesal, bajo el argumento de que lo que caracterizaría al laudo impugnado no sería tanto su procedencia sino la circunstancia de que viniera a sustituir a un convenio

---

<sup>1602</sup> Defendiendo la posición contraria, reciente doctrina judicial defendería la aplicación del proceso del conflicto sobre la premisa de la jurisprudencia del Supremo en función de la cual todo acuerdo o convenio que no cumpla con las exigencias del art. 90 del ET para su tramitación no podrá tener validez como convenio colectivo estatutario, Sentencia de la Audiencia Nacional número 3/2014, de 14 de enero de 2014, en recurso 400/2013, Ponente Ricardo Bodas. Ya nos hemos referido suficientemente a esta cuestión en el Capítulo I, por lo que en aras de la brevedad nos remitimos a lo allí expuesto.

<sup>1603</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 184 a 187.

colectivo <sup>1604</sup>. El argumento *mutatis mutandis*, resulta a todas luces trasladable a la cuestión que nos ocupa.

En tercer lugar, la impugnación de un laudo alcanzado en el seno de un acuerdo interprofesional de solución autónoma de conflictos, o la impugnación de un laudo o decisión en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, deben canalizarse *ex lege* a través de la modalidad procesal de la impugnación del convenio colectivo <sup>1605</sup>. La misma conclusión para los supuestos de acuerdos de inaplicación alcanzados en el seno de las comisiones paritarias de los convenios o en mediaciones en órganos de solución autónoma de conflictos aplicando los arts. 91.2 párr. 2º y 91.4 ET <sup>1606</sup>.

Siendo así, siguiendo criterios de estricta lógica jurídica, no parece muy coherente aplicar modalidades procesales diferentes en función de la fase en que se alcanzara el acuerdo: art. 163 y siguientes de la LRJS en supuestos de impugnación de laudos dictados en acuerdos de solución autónoma o en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o en acuerdos de descuelgue alcanzados en comisión paritaria o en mediaciones en acuerdo interprofesional, y art 153 y siguientes en impugnaciones de acuerdos de descuelgue en el período de consultas.

A mayor abundamiento, el propio Tribunal Supremo, pese a no encontrarnos ante convenios colectivos propiamente dichos, mantiene en reciente resolución que la impugnación de los laudos con eficacia de convenio colectivo se materializará a través del proceso de impugnación de convenios colectivos <sup>1607</sup>. Si ello es así para los laudos, con mayor motivo para el acuerdo de descuelgue cuya naturaleza hemos asimilado a la del convenio.

En cuarto lugar, el propio art. 82.3 ET confiere a los laudos dictados en acuerdos interprofesionales y en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos la eficacia de los acuerdos en período de consultas <sup>1608</sup>. Pues bien, a pesar de esta eficacia como acuerdos

---

<sup>1604</sup> F. J. 2º de la Sentencia de la Audiencia Nacional 122/2012, de fecha 2 de noviembre de 2012, en procedimiento 178/2012, Ponente San Martín Mazzucconi .

<sup>1605</sup> En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritariamente, ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012, p. 64; MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012”, Aranzadi Social núm. 9/2013 (informes), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2013\14, p. 10; CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC”, Jornada técnica de la CCNCC “Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET”, Madrid 18 de junio de 2014, p 40 y 41.

<sup>1606</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 120 y ss.

<sup>1607</sup> En estos términos, en impugnación de laudo obligatorio fin de huelga ex art. 8.2 Real Decreto Ley 17/1977 al entender la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que ostenta la misma eficacia que lo pactado en convenio colectivo, F.J. 2º apartado 5º de la Sentencia de fecha 4 de abril de 2014, en recurso de casación 184/2013, Ponente Jesús Gullón Rodríguez

<sup>1608</sup> No es esta extrañamente la solución para los supuestos de acuerdos o laudos dictados en organismos creados mediante acuerdos interprofesionales del 83.2 ET, pues el propio art. 91.2 ET determina que esos acuerdos en mediación o arbitraje tendrán la eficacia jurídica y tramitación de los

alcanzados en períodos de consultas y no como convenios colectivos, esta circunstancia tampoco resulta óbice para que el legislador entienda aplicable en estos supuestos el procedimiento de la impugnación del convenio colectivo.

Si esto es así para los supuestos de los laudos, con mayor motivo resulta lógico otorgar el mismo tratamiento procesal para el supuesto del acuerdo de descuelgue alcanzado en el período de consultas cuya naturaleza jurídica la hemos asimilado a la del convenio.

En quinto lugar, tampoco creemos definitivo el argumento manejado en determinadas resoluciones judiciales cuando se alude al carácter extraestatutario de todo producto de la autonomía colectiva que no cumpla con los requisitos de registro, depósito y publicación exigidos en el 90 ET para la tramitación del convenio y su validez como estatutario.

No puede ser éste a nuestro juicio un argumento válido para defender la impugnación del acuerdo de descuelgue por la vía del conflicto colectivo. Primero, porque tan estatutario es el convenio colectivo del Título III del ET como el acuerdo de descuelgue dirigido a la inaplicación del propio convenio que se regula en el art. 82.3 del mismo Título III del ET. En este sentido, nuevamente el acertado encaje sistemático de la institución en el Título dedicado a la negociación colectiva resulta decisivo en favor de esta interpretación. Segundo, porque en el acuerdo de descuelgue no nos encontramos ante un supuesto en el que las partes negociadoras hayan dejado de cumplir los requisitos de tramitación exigidos en la norma para los convenios colectivos. Antes al contrario, en el supuesto del acuerdo de descuelgue, la opción del legislador en el propio Estatuto ha sido la de imponer otros requisitos de tramitación en el propio art. 82.3 ET <sup>1609</sup>, requisitos desarrollados además reglamentariamente <sup>1610</sup>, en una opción de política legislativa que, en principio, se supone tan válida como la del art. 90 ET. Tercero, porque la línea jurisprudencial del Supremo en que se apoyan estas resoluciones, además de discutida, no está pensada para los supuestos de acuerdos de descuelgue en inaplicaciones de convenios colectivos sino para los supuestos de convenios colectivos que, bien por carencia de la necesaria legitimidad, bien por razones formales de

---

convenios colectivos siendo igualmente susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos. Lo mismo para las resoluciones de la comisión paritaria sobre interpretación o aplicación del convenio ex art. 91.4 ET. En este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011, consciente de esta situación, aludía a que quizá hubiera sido mejor solución la de que el legislador hubiera optado por hablar de efectos en vez de eficacia.

<sup>1609</sup> En este sentido, el último párrafo del art. 82.3 ET impone como único requisito de forma el de que se comunique a los meros efectos de depósito el descuelgue a la autoridad laboral: *“El resultado de los procedimientos a que se refieren los párrafos anteriores que haya finalizado con la inaplicación de condiciones de trabajo deberá ser comunicado a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito”*

<sup>1610</sup> D. F. 3ª del Real Decreto 1362/ de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, por la que se añade nueva D.A. 4ª al Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, relativa al depósito de acuerdos, laudos arbitrales y decisiones de la CCNCC sobre inaplicación de condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos

mera tramitación, no alcanzan los requisitos legales para su configuración como estatutarios, escenario completamente diferente del que nos ocupa.

Desde esta perspectiva, ningún reproche cabría efectuar a la aplicabilidad del procedimiento de impugnación de convenio colectivo ex art. 163 y ss LRJS por el motivo de no seguirse en el acuerdo de descuelgue los requisitos de tramitación del art. 90 ET pensados para el convenio estatutario.

A mayor abundamiento, en sexto lugar, si mantenemos la aplicación de diferentes vías procesales de impugnación para los acuerdos de descuelgue alcanzados en la primera fase y para los acuerdos alcanzados en fases sucesivas o para los laudos arbitrales sustitutivos, desde la perspectiva estrictamente procesal de la legitimación las diferencias de tratamiento carecerían de toda lógica y coherencia. Por ejemplo, legitimación activa de terceros para impugnar el acuerdo por el motivo de lesividad en unos supuestos sí y en otros no.

Como último argumento a favor de la aplicabilidad de la modalidad procesal de la impugnación del convenio colectivo, desde determinada doctrina se había referido la imposibilidad de impugnación por el empresario del laudo en el supuesto de aplicarse el procedimiento específico de la impugnación de convenios colectivos del Capítulo IX, Título II de la LRJS de conformidad con la literalidad de lo prevenido en el art 165 del citado cuerpo legal. Imposibilidad de impugnación por la empresa que no parecía razonable, por lo que se proponía reenviar al procedimiento del conflicto colectivo sobre la premisa de considerar al laudo como sustitutivo de un pacto o acuerdo diferente a los convenios colectivos<sup>1611</sup>.

Pues bien, en esta tesitura, reciente doctrina judicial ha venido a dar cumplimentada respuesta a esta problemática derivada de la hipotética falta de legitimación activa de la empresa para la impugnación de los laudos a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, con lo que en cierto modo se permite superar el obstáculo procesal.

En este sentido, la referida doctrina judicial concluye a favor de la legitimación activa de la empresa afectada por el laudo para su impugnación por la modalidad procesal de la impugnación de convenios colectivos por vicios del procedimiento, *ultra vires* y vulneración de las normas de derecho necesario, no por ilegalidad del mismo a pesar de la redacción literal del art. 165 LRJS<sup>1612</sup>. En esencia, se argumenta que debe permitirse a quien ostenta un *interés legítimo* a tenor del art. 17.1 de la LRJS impugnar un laudo por vicios procedimentales y por *ultra vires*, motivos que escapan a los estrictos límites de legitimación activa derivados del art. 165 LRJS por expresa mención del art. 91 ET, propiciándose así el efectivo control de estas capitales cuestiones por los órganos judiciales al proceder una interpretación integradora de los arts. 91 ET, 65.4 y 165 LRJS en relación con la jurisprudencia del Supremo. Lo decisivo en este punto vendría determinado por la posibilidad conferida en el art. 91 ET de impugnar los laudos por los motivos y procedimientos del art. 163 LRJS, además de por los genéricos de esa modalidad procesal, por no haberse seguido en el desarrollo de la actuación arbitral los

---

<sup>1611</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 121.

<sup>1612</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional 122/2012, de fecha 2 de noviembre de 2012, en procedimiento 178/2012, Ponente San Martín Mazzucconi .

requisitos y formalidades establecidos al efecto o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión <sup>1613</sup>. Además de la posibilidad de revisión por adecuación del laudo al derecho necesario <sup>1614</sup>.

En conclusión, de conformidad con estos razonamientos, existen a nuestro juicio argumentos más que suficientes para defender una interpretación de la norma en la que se concluya aplicable la modalidad procesal de impugnación de los convenios colectivos regulada en el Capítulo IX del Título II de la LRJS.

Y ello tanto para los supuestos de los acuerdos de descuelgues, con independencia de la fase en que fueran alcanzados, como para los de los laudos o decisiones sustitutivas de aquéllos.

### **3.1.2.- En el supuesto de impugnación de acuerdos de descuelgue negociados en el contexto de un procedimiento de despido colectivo**

Se plantea la duda en el sentido de cuál va a ser la modalidad procesal aplicable en aquéllos supuestos de impugnación de acuerdos de inaplicación alcanzados en el contexto de un proceso negociador en el período de consultas de un despido colectivo. Posibilidad ésta que, como hemos examinado en el Capítulo dedicado al procedimiento, resulta no sólo perfectamente posible con arreglo a la regulación actual sino más allá aconsejable, en cuanto supone una medida para evitar o reducir los efectos del despido.

En este contexto, determinada doctrina judicial concluye a favor de la impugnación del acuerdo de descuelgue por la modalidad procesal aplicable para estos supuestos, que en interpretación de esta Sala sería la del conflicto colectivo. Y ello con independencia de que las medidas hubieran sido objeto de negociación y, en su caso, acuerdo a lo largo del mismo periodo de consultas, e incluso aunque quedaran incluidas dentro del texto de la misma decisión empresarial de despido colectivo <sup>1615</sup>.

---

<sup>1613</sup> F. J. 3º: *“...En otras palabras, el art. 91 ET franquea la impugnación del laudo por ultra vires y por vicios in procedendo, por añadidura a las reglas del art. 165 LRJS. Desde luego, el legislador desea que semejantes infracciones puedan ser denunciadas judicialmente por los interesados, como se deriva del inciso citado en el art. 91 ET, de su inclusión también en el art. 65.4 LRJS e, igualmente, en el art. 41.1 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, que aunque no resulta aplicable en el ámbito laboral, puede considerarse como norma supletoria (como razona el prof. Cardenal Carro) y, desde luego, inspira con sus principios todo proceso arbitral”*

<sup>1614</sup> Textualmente, F.J. 3º: *“Por su parte, el Tribunal Supremo indica que en los laudos de equidad, además de las infracciones apuntadas, ha de poder revisarse judicialmente la adecuación al derecho necesario. La STS de 19-10-98 (RJ 1998/8907) así lo expresa...”*

<sup>1615</sup> Sentencia número 108/2014 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 12 de junio de 2014, en procedimientos acumulados 81 y 86/2014, Ponente Rafael López Parada, F.J. 4º, excluyendo impugnación de medidas de flexibilidad interna negociadas en un despido colectivo por la vía del art. 124 LRJS: *“Claramente quedan fuera de ese procedimiento aquellas medidas de acompañamiento al despido para cuya impugnación la Ley establece expresamente que ha de seguirse el proceso de conflicto colectivo, como pueden ser las medidas colectivas de movilidad geográfica o funcional o de modificación sustancial de condiciones de trabajo, de suspensión de contratos o reducción temporal de jornada o de inaplicación de convenios colectivos. En estos casos, como decimos, por determinación expresa de la Ley dichas medidas han de impugnarse por otra vía procedimental, como es*



No es éste por el contrario el criterio mantenido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en reciente resolución a propósito de la impugnación de determinadas medidas complementarias o alternativas incluidas en un acuerdo en procedimiento de despido colectivo, medidas entre las cuales se encontraba un acuerdo de inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo.

En este sentido, la solución adoptada por el Alto Tribunal parte, como no podría ser de otro modo, de la consideración de las dos posibilidades. Una primera, considerar que el ámbito de la impugnación colectiva de un despido colectivo comprende no solo la calificación de las extinciones contractuales, sino también la validez de las medidas y decisiones complementarias pero relevantes. La segunda, remitir el análisis de la legalidad o ilegalidad de esas otras medidas a posibles procedimientos separados.

A la hora de optar por una u otra, la Sala afirma que la segunda opción, -análisis separado-, *“sustraе a la impugnación de los despidos colectivos una parte esencial de su contenido, como si fuese separable de la decisión extintiva en su conjunto. Pensamos que cuando existe acuerdo en la fase de consultas surge una **inescindible unidad entre la extinción colectiva y las medidas en que se basa**, una **completa vinculación a la totalidad del acuerdo**. No es pensable que se resuelva de forma separada sobre un extremo que ha condicionado la concurrencia de voluntades y que el resto quede inmovible.”*

A mayor abundamiento, la opción seguida se fundamenta en el riesgo de duplicidad de procedimientos, al margen de que en la segunda solución *“las reglas sobre legitimación, los plazos, las peculiaridades de la demanda o de la prueba del art. 124 LRJS (modalidad de despido colectivo) quedarían desplazadas por otras”*.

Por todo ello, partiendo de que la íntima conexión de unas cuestiones y otras comporta la existencia de una *“**conexidad objetiva en el objeto procesal**”*, *“los contenidos básicos del acuerdo alcanzado durante la fase de consultas en un procedimiento colectivo de despido no deben ser objeto de impugnación autónoma y separada por la vía de conflicto colectivo”*, debiendo considerarse la modalidad procesal del art. 124 LRJS *“**excluyente y prioritaria**”* <sup>1616</sup>.

---

*la de conflicto colectivo (artículos 40.2, 41.5, 47.1 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores y 153 de la Ley de la Jurisdicción Social) y ello es así aunque dichas medidas hayan sido objeto de negociación y, en su caso, acuerdo a lo largo del mismo periodo de consultas e incluso aunque queden incluidas dentro del texto de la misma decisión empresarial de despido colectivo. De ahí que en este caso la sentencia que dictemos no pueda hacer pronunciamiento alguno sobre la legalidad de las medidas de movilidad geográfica o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo adoptadas en el marco del despido colectivo, no solamente porque nada se pida en relación con las mismas, sino porque para ello este procedimiento sería inadecuado.”*

<sup>1616</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Pleno, de fecha 27 de enero de 2015, en recurso de casación 28/2014, Ponente Sempere Navarro, F.J. 2º: *“En estos casos la modalidad del art. 124 LRJS debe considerarse excluyente y prioritaria. La impugnación del acuerdo sobre el despido colectivo no puede hacerse por aspectos parciales sin tomar en consideración el conjunto de las medidas y sus efectos sobre el empleo. Es cierto que el legislador procesal no ha contribuido en absoluto a enfocar las cosas como acabamos de exponer, pero se trata del único remedio procesal de que dispone el intérprete a fin de evitar situaciones contrarias a la seguridad jurídica o la cosa juzgada. El lugar natural para examinar la validez de un pacto esencial del acuerdo sobre despido colectivo debe ser el pleito en que se cuestiona tal despido colectivo por la vía del art. 124 LRJS.”*

En este contexto, el Tribunal señala como argumento a favor de esta opción el de que la contemplación necesariamente unitaria de ciertos negocios jurídicos no es desconocida en nuestras leyes procesales y forma parte de la adecuada delimitación del objeto procesal.

En todo caso, importante, la Sala deja abierta la posibilidad a una impugnación que califica como “*menor o secundaria*” en los supuestos de que no se hubiera impugnado el despido colectivo o, de haberse impugnado y ganar firmeza la sentencia, se pretendiera en el segundo procedimiento la valoración de otras cuestiones del acuerdo no enjuiciadas<sup>1617</sup>.

No obstante, en este último sentido, en una muy acertada precisión desde la perspectiva de la seguridad jurídica, el Alto Tribunal recuerda que la existencia de una sentencia firme sobre objeto idéntico excluye un ulterior proceso al respecto sobre la premisa de lo regulado en el art. 222.1 LEC. Así como que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal en aplicación del art. 222.4 LEC<sup>1618</sup>.

No se resuelve en la resolución la problemática en relación al plazo para el ejercicio de la acción en el supuesto de impugnarse la medida de flexibilidad interna, concluyéndose a favor del “arrastre” del plazo fatal de caducidad de la acción por despido<sup>1619</sup>.

Tampoco se resuelve la cuestión de la posible impugnación de elementos o partes integrantes del acuerdo a cargo de terceros no legitimados para la impugnación de un despido colectivo, proponiéndose en este último supuesto la solución de la aplicación de la regulación establecida para la impugnación de acuerdos por terceros basados en lesividad o ilegalidad en los arts. 67.2 y 84.6 de la LRJS según la cual el plazo no empezaría a correr hasta que pudieran haber tenido conocimiento del acuerdo<sup>1620</sup>.

En ambos supuestos, y pese al riesgo de caducidad de la acción, parece que es ésta la interpretación más razonable una vez que el Supremo ha concluido a favor de la *vis atractiva* de la modalidad procesal del despido colectivo.

---

<sup>1617</sup> “Cuando no se impugna el despido colectivo, o cuando se ha impugnado y gana firmeza la correspondiente sentencia, se abre la posibilidad de examinar otras cuestiones del referido pacto; en este segundo procedimiento (de impugnación menor o secundaria) ha de respetarse lo dicho en la sentencia de despido colectivo (si existe) y, en todo caso, evitar el examen de cuestiones cuya trascendencia sea tal que se considere decisiva para el acuerdo alcanzado.”, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Pleno, de fecha 27 de enero de 2015, en recurso de casación 28/2014, Ponente Sempere Navarro, F.J. 2º.

<sup>1618</sup> F.J. 2º *in fine* de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Pleno, de fecha 27 de enero de 2015, en recurso de casación 28/2014, Ponente Sempere Navarro.

<sup>1619</sup> FOLGUERA CRESPO, J.A.: “Despido colectivo IBERIA: la modalidad de despido colectivo es obligada, prioritaria y abierta a las diversas medidas del ERE”, *Diario la Ley*, nº 8528, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de abril de 2015, Editorial La Ley.

<sup>1620</sup> FOLGUERA CRESPO, J.A.: “Despido colectivo IBERIA: la modalidad de despido colectivo es obligada, prioritaria y abierta a las diversas medidas del ERE”, *Diario la Ley*, nº 8528, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de abril de 2015, Editorial La Ley.

### 3.1.3.- En el supuesto de impugnación del acto del empresario en aplicación del acuerdo de descuelgue o decisión sustitutiva

Queda por despejar cuál sería el procedimiento de aplicación en los supuestos de impugnación del acto del empresario en aplicación del acuerdo de descuelgue o de la decisión sustitutiva.

En principio la norma vuelve a guardar silencio sobre esta posibilidad <sup>1621</sup>, si bien es la propia Ley procesal la que en el Capítulo IX del Título II dedicado a la impugnación del convenio colectivo previene que su falta de impugnación directa no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que puedan promoverse por los legitimados para ello fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho.

Siendo así, la respuesta va a ser diferente en función de que nos encontremos ante una impugnación colectiva o individual.

En el supuesto de impugnación colectiva del acto de aplicación, no parece que se planteen dudas. Dado que en el ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo se sustancian las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o de un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación de un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, la modalidad procesal aplicable sería la del conflicto colectivo prevista en el art. 153 y ss de la LRJS.

Más dudas se plantean en el segundo escenario, el de la impugnación individual del acto de aplicación del descuelgue por un trabajador.

En este sentido, se descarta la aplicación del procedimiento de la impugnación individual de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo a la vista de las dificultades interpretativas de aplicar un procedimiento especial previsto en el art. 138 LRJS para otro supuesto <sup>1622</sup>. No existe ningún argumento convincente para aplicar la modalidad procesal prevista en el art. 138 LRJS a la impugnación individual de un acto en aplicación del acuerdo de descuelgue o del laudo dictado en su sustitución en detrimento del procedimiento ordinario.

---

<sup>1621</sup> A la vista de este silencio, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 124 a 126, concluye de principio la imposibilidad de reacción individual del trabajador frente a la inaplicación, reacción que parece pensarse en la norma sólo para el supuesto de reclamaciones de carácter colectivo. En esta interpretación, sólo podría reclamar el trabajador cuando el empresario se separara de lo pactado en el acuerdo en el momento de ejecutar el descuelgue, sigue a MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: "Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo", en THIBAUT, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012, pa. 247 y ss. No obstante, GOERLICH plantea una solución interpretativa integradora en la que "los actos de ejecución que afecten a cada trabajador puedan ser objeto de cuestionamiento mediante el correspondiente proceso ordinario (arg. Ex art. 163.4 LRJS)", siguiendo a ROQUETA BUJ.

<sup>1622</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o "descuelgue" del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 190 a 193.

En primer término, porque esa modalidad procesal está claramente definida en la norma para la impugnación de una decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo que, por definición, difiere en su propia naturaleza de la del descuelgue. Mientras que en un supuesto se modifican condiciones “contractuales”, en el descuelgue se inaplica temporalmente un convenio colectivo con eficacia jurídica normativa, no existe modificación de condición contractual alguna en el sentido estricto.

En segundo lugar, porque en el supuesto de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo ya nos hemos posicionado en el sentido de que no resulta posible proceder a la denuncia modificativa impropia del contrato de trabajo como consecuencia de la inaplicación, posibilidad que sí se prevé expresamente en la modalidad procesal del art. 138 LRJS<sup>1623</sup>.

Al margen, la acción del art. 138 LRJS se encuentra sometida a condicionantes como el plazo de caducidad de veinte días o la imposibilidad de recurso en el supuesto de modificaciones individuales que, también desde esta perspectiva, desaconsejan esta interpretación.

Por ello, nuestra conclusión lo es en el sentido de aplicabilidad de la modalidad procesal del procedimiento ordinario para el supuesto de proceder a la impugnación individual del acto en aplicación de acuerdo de descuelgue, modalidad procesal que se presenta en la regulación legal con ciertos beneficios para el trabajador impugnante con respecto a la de la impugnación de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Entre otros, plazo de un año para el ejercicio de la acción frente al plazo de caducidad de veinte días, o la posibilidad de recurso en determinadas condiciones frente a la imposibilidad en el supuesto de modificaciones individuales

### *3.2.- Impugnación de los descuelgues por otros procedimientos*

Más allá de la impugnación de los acuerdos de descuelgue, o de sus decisiones sustitutivas, o de la impugnación de los actos en su aplicación, por los procedimientos colectivos e individuales, en su caso, a los que acabamos de hacer referencia, debemos valorar si existen otras posibilidades de impugnación que pudieran resultar en su caso aplicables en la materia del descuelgue de convenio.

Por ejemplo, acciones de impugnación y recursos judiciales de anulación de laudos arbitrales cuyo conocimiento corresponda al orden social por el procedimiento ordinario. O aplicación del procedimiento de impugnación de los laudos previsto específicamente en la Ley de Arbitraje. O posibilidad de interponer recurso de revisión contra el laudo. O posible impugnación de un descuelgue por motivos relacionados con la competencia.

Comenzando por la normativa aplicable al ordenamiento laboral, en lo que se refiere a las acciones de impugnación y a los recursos judiciales de anulación de laudos arbitrales cuyo

---

<sup>1623</sup> Pese a que existen autores con una interpretación diferente, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p. 126.

conocimiento corresponda al orden social, el legislador ha previsto en la Ley Procesal la posibilidad de aplicar el procedimiento ordinario en aquéllos supuestos que no tengan establecido un procedimiento especial <sup>1624</sup>. Por lo que, en estos términos, no se da la condición prevista en la norma para la aplicación de este supuesto, al remitir el propio art. 82.3 ET al procedimiento del art. 163 y ss LRJS <sup>1625</sup>.

Del mismo modo, si nos referimos a la posible aplicación de la acción de impugnación de los laudos establecida con carácter general en la Ley de Arbitraje <sup>1626</sup>, tampoco sería de aplicación a la impugnación de los laudos dictados en procedimientos de inaplicación de convenio colectivo de conformidad con lo prevenido en su artículo primero, al quedar excluidos de su ámbito de aplicación los arbitrajes laborales, motivo que imposibilitaría su alegación directa.

Distinto sería en la teoría el supuesto del recurso de revisión regulado en la Ley Procesal Civil, siempre claro está con las cautelas inherentes al ejercicio de una acción de esta naturaleza. En este sentido, si bien es cierto que el Tribunal Supremo abre una mínima puerta a la anulación de los laudos por la vía del recurso de revisión, al extender la posibilidad conferida para la revisión de sentencias a los mismos, no lo es menos el hecho del que el Alto Tribunal establece que la aplicación de estos supuestos lo será siempre en situaciones muy excepcionales <sup>1627</sup>.

No obstante, dada la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil al proceso laboral <sup>1628</sup>, no cabe de antemano descartar esta posibilidad de revisión por parte de quien se entendiera

---

<sup>1624</sup> Art. 65.4 párr. 1º LRJS: *“Las acciones de impugnación y recursos judiciales de anulación de laudos arbitrales cuyo conocimiento corresponda al orden social, cuando no tengan establecido un procedimiento especial, incluidos los laudos arbitrales establecidos por acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, se sustanciarán, a instancia de los interesados, por los trámites del procedimiento ordinario, ante el juzgado o tribunal al que hubiera correspondido el conocimiento del asunto sometido a arbitraje, con fundamento en exceso sobre el arbitraje, haber resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, vicio esencial de procedimiento o infracción de normas imperativas. La acción caducará en el plazo de treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos, desde la notificación del laudo.”*

<sup>1625</sup> En estos términos, se salva la contradicción por la remisión al procedimiento ordinario pero se desaprovechan algunos criterios complementarios como el de la mayor concreción de las causas de impugnación y, sobre todo, el establecimiento de un plazo de caducidad de treinta días para formular la acción, plazo que resulta mucho más adecuado que el de prescripción de una año, GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013 p. 122. El autor refiere la SAN nº 122/2012, de 2 de noviembre, *“que parece utilizar de forma acumulada las reglas de ambos grupos normativos”*

<sup>1626</sup> Título VII.- De la anulación y revisión del laudo-, de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, arts. 40 a 43.

<sup>1627</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 832/2013 de 30 diciembre de 2013, en recurso de casación 22/2011, Ponente Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller, estimando recurso de revisión contra laudo, F.J. 2º.

<sup>1628</sup> Disposición final cuarta de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social

perjudicado por el laudo. Eso sí, insistimos, siempre en los muy excepcionales supuestos previstos en aquella norma procesal común <sup>1629</sup>.

Por último, nos planteamos la posibilidad de proceder a una impugnación de un acuerdo de descuelgue o de un laudo sustitutivo por cuestiones relacionadas con el ámbito de la competencia.

En este sentido, y partiendo de la premisa de que un acuerdo de inaplicación regula condiciones de trabajo, que se imponen con alcance general a los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación de manera automática e imperativa, en la teoría resultaría posible que esas nuevas condiciones se consideraran lesivas por terceros ajenos al acuerdo de descuelgue pero incluidos dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo objeto de inaplicación. Si ello es así, y como quiera que el control de la legalidad o lesividad de los convenios colectivos corresponde a la Jurisdicción del orden social, habrá que averiguar en qué medida resultaría posible una hipotética impugnación de un acuerdo de descuelgue por los motivos relacionados con la competencia desleal.

En este sentido, si se acreditara que el acuerdo de descuelgue se habría alcanzado con el único objetivo de lesionar la libre competencia de terceros, escapando a la naturaleza y finalidad propia del convenio colectivo, -lo que se entiende en la normativa reguladora de la competencia como una “conducta colusoria”-, podría por qué no quedar abierta la impugnación por el motivo de vulneración de la normativa reguladora de la libre competencia.

Ahora bien, siguiendo criterios sentados en reciente doctrina judicial <sup>1630</sup>, sólo será posible la impugnación en el supuesto de que el acuerdo se hubiera obtenido con la finalidad de lesionar la libre competencia en los siguientes términos. Primero, con carácter general se entiende que se no se lesiona la competencia siempre que el objeto del pacto sea mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores. Y es muy discutible que un acuerdo de inaplicación, dada su finalidad, no se lleve a término en evitación de otras medidas de flexibilidad externa mucho más dramáticas en sus consecuencias para los trabajadores, con lo que probablemente su justificación desde esta perspectiva no resulte complicada. Segundo, habrá que analizar cada caso concreto y si el pacto colectivo es acorde con su naturaleza y finalidad, lo que se denomina como “test Albany”. En tercer lugar, se admiten restricciones del mercado vía negociación colectiva, pero siempre que se encuentren ligadas a los intereses y finalidades esenciales de las representaciones sindicales. Y en el supuesto del descuelgue parece evidente que el mantenimiento del empleo es una finalidad no discutible en este sentido. Cuarto, hay

---

<sup>1629</sup> Art. 510 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en donde se especifica que cabrá la revisión de una sentencia firme, por extensión del laudo, 1º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. 2º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente. 3º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. 4º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.

<sup>1630</sup> F.J. 5º de la Sentencia de la Audiencia Nacional número 174/2013, de fecha 30 de septiembre de 2013, en recurso 349/2013, Ponente Manuel Fernández-Lomana García

que tener en cuenta que el control judicial se limita a controlar la legalidad del acuerdo, no su oportunidad. En quinto lugar, la denominada “conducta colusoria”, esto es, la que *“tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional”*<sup>1631</sup>, debe ser objeto de prueba, pero *“no debe olvidarse que al regularse condiciones de trabajo por la vía de la negociación colectiva se está influyendo en el mercado, sin que pueda afirmarse que el establecimiento de condiciones de trabajo, per se, lesione la libre competencia”*. Por último, como se apunta en la resolución indicada, *“el art. 4.1 de la Ley 15/2007, establece que “sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley”*, y precisamente el supuesto de la inaplicación de convenio colectivo supone una excepción temporal a esa eficacia jurídica normativa y personal general del convenio colectivo por unas razones habilitantes en la norma en las que por el legislador se entiende que deben conciliarse otros derechos constitucionales en juego, entre otros, derecho al trabajo o libertad de empresa.

En estos restrictivos términos, si bien no puede de antemano excluirse la posibilidad de impugnación por estos motivos relacionados con la competencia desleal, es ésta sin duda una muy excepcional posibilidad en supuestos muy extraordinarios en los que se probara de manera efectiva que la voluntad de las partes negociadoras habría sido la de eludir la eficacia del convenio bajo la premisa del perjuicio para terceros, fundamentalmente supuestos de “dumping social”.

A los meros efectos procesales, en estos improbables supuestos la norma procesal conferiría legitimación para impugnar ante la jurisdicción competente por el procedimiento de impugnación de convenios colectivos ex art. 163 y ss LRJS a la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia, dado que en la normativa de su creación se le faculta para la impugnación de las disposiciones generales de rango inferior a la ley de las que se derivaran obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados<sup>1632</sup>. De la misma manera, quedaría abierta en la Ley Procesal la vía de impugnación por este motivo tanto a la autoridad laboral como a los legitimados para la impugnación del convenio por los motivos de ilegalidad o lesividad, fundamentalmente, a los terceros interesados por esa supuesta competencia desleal.

### **3.3.- Problemas relacionados con la legitimación activa para la impugnación en determinados supuestos**

Para terminar con el análisis de la materia correspondiente a la impugnación del descuelgue, tan solo resta por analizar determinadas cuestiones problemáticas en relación con la legitimación activa para la impugnación.

---

<sup>1631</sup> Art. 1 Ley 15/2007, de 4 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007.

<sup>1632</sup> Art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia, BOE nº 134 de 5 de junio de 2013.

No se trata de estudiar en el presente epígrafe las cuestiones relacionadas, con carácter general, con la legitimación activa en los procedimientos de impugnación del convenio colectivo, o en su caso de la modalidad procesal del conflicto colectivo. Tal pretensión excedería obviamente del alcance del presente trabajo.

Tan sólo se pretende incidir en determinadas cuestiones en los supuestos específicos de impugnaciones de acuerdos de descuelgues, o decisiones sustitutivas de los mismos, que se derivan de la aplicación práctica de las reglas generales de legitimación en relación con la normativa propia reguladora de los descuelgues.

### **3.3.1.-Legitimación activa de secciones sindicales discrepantes con el acuerdo: la teoría de la “suficiente implantación” en el ámbito del conflicto**

Con carácter general, el legislador ha diseñado un sistema en el que los titulares de un derecho subjetivo, o de un interés legítimo, ostentan la necesaria legitimación para el ejercicio de las correspondientes acciones ante el orden jurisdiccional social.

En lo que se refiere a los sindicatos, estando en juego intereses colectivos de los trabajadores, con carácter general se exige suficiente implantación en el ámbito del conflicto, que se entiende que se da siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate<sup>1633</sup>. Es lo que se conoce como el “principio de correspondencia”.

En desarrollo de este precepto general, en las correspondientes modalidades procesales de conflicto colectivo e impugnación de convenios, se confiere legitimación tanto a los sindicatos como a los órganos de representación sindical de los trabajadores. Para el caso de los sindicatos, en la modalidad del conflicto colectivo, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto. En la modalidad de impugnación de convenio, en impugnaciones fundamentadas en ilegalidad, siempre que se encuentren interesados<sup>1634</sup>.

A propósito de la “suficiente implantación”, ostentará en principio legitimación activa aquél sindicato que hubiera acreditado resultados en las elecciones a representantes unitarios, es decir, audiencia electoral, debiendo interpretarse de manera muy restrictiva su ausencia al resultar esencial en un sistema democrático la salvaguardia de los derechos de los sindicatos minoritarios y el respeto del derecho a la libertad sindical<sup>1635</sup>.

---

<sup>1633</sup> Art. 17.2 LRJS

<sup>1634</sup> Determinada doctrina advierte que la representación legal o sindical a la que se hace referencia en el art. 154 LRJS responde a un criterio más amplio del utilizado en el art. 41 ET, por ello se extiende a la representación sindical constituida de conformidad con lo establecido en los estatutos sindicales tengan o no los derechos que les reconoce el art. 8.2 LOLS, STS de 21 de marzo de 1995, RJ 1995 2175: CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 187. El razonamiento, a nuestro juicio, debe matizarse con la doctrina que aludimos respecto a la suficiente implantación en el centro de trabajo afectado.

<sup>1635</sup> Por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional número 204/2013, de fecha 19 de noviembre de 2013, en recurso 396/2013, Ponente Manuel Fernández Lomana, F.J. 3ª



No obstante, la jurisprudencia, diferenciando entre la capacidad abstracta que tienen los sindicatos para la protección y defensa de los derechos de los trabajadores y la necesaria conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, ha declarado que los sindicatos no se convierten en guardianes abstractos de la legalidad, debiendo ponderarse en cada caso el vínculo entre el sindicato accionante y el objeto del pleito, en definitiva, de nuevo el principio de correspondencia <sup>1636</sup>. Considerándose que se carece de legitimación activa en los supuestos en los que no se acredite la existencia de afiliados en el ámbito del conflicto <sup>1637</sup>.

Sentado lo anterior, en los supuestos de determinadas medidas como la del descuelgue, más en los de empresas “multiformes” con pluralidad de centros de trabajo en los que sólo algunos de ellos pudieran resultar afectados por las concretas medidas, la cuestión se complica sobremanera debiendo diferenciarse entre lo que se denomina como “*mero interés genérico en la aplicación del derecho objetivo*” y el verdadero “*interés legítimo*”, esto es, “*un interés propio, cualificado y específico*”.

En estos supuestos de pluralidad de centros de trabajo, la implantación suficiente concurriría sólo cuando se poseyera un nivel de afiliación adecuado en el ámbito del conflicto, entendiendo que no se ostentaría esa legitimación en el supuesto de sindicato que acreditara la constitución de una única sección sindical en un único centro de trabajo de los varios de la empresa repartidos por la totalidad del territorio nacional.

En definitiva, se aplicaría en sentido estricto el principio de correspondencia al que aludíamos al comienzo del epígrafe.

En este escenario, es muy probable que en las empresas denominadas “multiformes” existan centros de trabajo que puedan resultar afectados por la medida concreta y otros que no. Más tras la nueva concepción de la negociación en el período de consultas tras la última redacción de los arts. 41.4 y 82.3 ET <sup>1638</sup>.

En estos supuestos, la doctrina judicial venía exigiendo como requisito constitutivo para la impugnación de las medidas consistentes en despidos colectivos el de la efectiva implantación del sindicato en el ámbito de la medida <sup>1639</sup>. Criterio éste expresamente confirmado en reciente resolución del Tribunal Supremo en la que, a propósito del requisito de la “suficiente

---

<sup>1636</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional número 25/2014, de fecha 10 de febrero de 2014, en recurso 451/2013 Ponente Ricardo Bodas, aludiendo a abundante jurisprudencia del Supremo en la cuestión.

<sup>1637</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional nº 45/2014, de fecha 6 de marzo de 2014, en recurso número 450/2013, Ponente Ruiz Jarabo.

<sup>1638</sup> Primero en el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto, posteriormente convalidado como Ley 1/2014, de 28 de febrero, BOE nº 52 de 1 de marzo.

<sup>1639</sup> Es el supuesto resuelto en la Sentencia número 225/2013 dictada en fecha 11 de diciembre de 2013 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en recurso 358/2013, Ponente Ricardo Bodas, F.J. 3º, resolución en la que se concluye falta de legitimación activa del sindicato impugnante al exigirse implantación en el centro de trabajo afectado por la medida en el supuesto de tratarse de una medida que afectara a centros de trabajo determinados y no a la totalidad de la empresa.

implantación”, expresamente se concluye que lo relevante no es que se tenga implantación en el ámbito de la empresa sino en el del concreto ámbito de la medida <sup>1640</sup>.

Aplicando por analogía la mencionada línea interpretativa en los supuestos de descuelgues de convenio que afecten a uno o a varios de los centros de trabajo de la empresa, la implantación del sindicato impugnante en el ámbito del conflicto, -entendida ésta como la implantación en el centro de trabajo afectado por la concreta medida-, se constituye en presupuesto necesario para ostentar legitimación activa para la impugnación como consecuencia del principio de correspondencia.

### **3.3.2.- Legitimación activa de los representantes unitarios: delegados de personal y comités de empresa**

En relación con la legitimación activa para la impugnación por los representantes unitarios debemos efectuar dos breves precisiones.

En primer término, y en función de que quien impugne el descuelgue sea un órgano colegiado, -comité de empresa-, o mancomunado, -delegados de personal-, la propia naturaleza del órgano de representación va a incidir en las cuestiones relacionadas con la legitimación.

Así, en el supuesto de impugnaciones efectuadas por delegados de personal discrepantes, dado que ejercen sus funciones de manera mancomunada, se necesitaría con carácter previo el respaldo de la mayoría de los integrantes de la representación pues, en otro caso, no ostentarían la necesaria legitimación activa <sup>1641</sup>, acuerdo mayoritario extensible para el supuesto de las comisiones sindicales o *ad hoc*.

Por el contrario, en el supuesto de órganos colegiados, se requeriría la adopción del correspondiente acuerdo en función de sus propios estatutos internos.

En segundo término, para el supuesto de impugnación de un acuerdo de descuelgue que afectara a una empresa con varios centros de trabajo, con carácter general se viene sosteniendo que la suficiente implantación es requisito exigido en la norma sólo para el supuesto de impugnación por la representación sindical, no para la impugnación por los representantes legales. Lo que nos permite concluir en el sentido de que los representantes de los trabajadores de alguno de los centros de trabajo afectados por la medida estarán legitimados para su impugnación <sup>1642</sup>.

---

<sup>1640</sup> F.J. 6º de la Sentencia dictada en fecha 21 de octubre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en recurso de casación 11/2014, Ponente María Luisa Segoviano Astaburuaga.

<sup>1641</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de marzo de 2013 en proced. 381/2012: “*Parece claro, por tanto, que la legitimación activa de los representantes unitarios para la impugnación del despido colectivo solo puede ejercerse mancomunadamente por los delegados, cuando esa sea la representación en la empresa, o por la mayoría del comité de empresa, cuando sea ese el órgano unitario en la empresa. - Dicha conclusión excluye la posibilidad de que representantes unitarios puedan ejercer dicha acción, por el mero hecho de ostentar dicha condición, salvo que acrediten las mayorías citadas.*”

<sup>1642</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2013, en procedimiento número 381/2012, F.J. 3º

En este sentido, el criterio es diferente del mantenido para el supuesto de impugnación por la representación sindical. Cualquier comité de empresa de un centro de trabajo afectado por la medida tendrá legitimación para la impugnación, aunque se tratara de una medida “global” en el ámbito de la empresa y el órgano de representación lo fuera exclusivamente de un determinado centro <sup>1643</sup>, no resultando trasladable en el supuesto de los representantes unitarios la teoría de la “suficiente implantación” <sup>1644</sup>.

No obstante, esta interpretación a nuestro juicio resulta contradictoria con la que se viene manteniendo para la legitimación de la negociación en convenios de empresa, supuesto éste en el que se exige unánimemente la aplicación del principio de correspondencia y representatividad <sup>1645</sup>. O para la extensión de acuerdos negociados en el ámbito de un centro de trabajo entre empresa y su representación legal a otros centros de trabajo diferentes con distinta representación <sup>1646</sup>, sin que pueda incluso entenderse la legitimación por irradiación aunque se acreditara tratarse de un supuesto previsto en la norma para otros casos, en concreto el de la ausencia de representación <sup>1647</sup>.

A nuestro juicio, la no exigencia del principio de correspondencia puede conducir a discordancias evidentes dada la regulación del descuelgue en la norma. Más aún tras el esquema negociador para la adopción de los acuerdos en los períodos de consultas diseñado por el legislador en la reforma del procedimiento operada en 2013, que posibilita la afectación del descuelgue parcelada por centros de trabajo. Entendiendo más adecuada la exigencia de la suficiente implantación en el ámbito del conflicto, máxime cuando el legislador exige en el art. 41.4 ET para la adopción de los acuerdos que la comisión negociadora represente a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados. Y no sólo que los represente, sino que el voto se encuentre suficientemente ponderado a estos efectos.

---

<sup>1643</sup> En este sentido, Sentencia de la AN de 23 de diciembre de 2013, en recurso 330/2013, Ponente Lomana, F.J. 3º: *“Se articuló la excepción de “falta de capacidad” del Comité de Empresa para demandar al no tener “carácter nacional”. Es decir, como el Comité de Empresa impugnante es sólo del centro de trabajo ubicado en Guadalajara no puede impugnar un ERTE que afecte a varias Comunidades Autónomas, es decir, aplica el principio de correspondencia a la legitimación. Pero esta Sala ya ha rechazado esta argumentación sosteniendo que cualquier comité de empresa de un centro afectado por la medida, tiene legitimación para impugnar la medida - SAN 20 de marzo de 2013 (Rec. 219/2012 )-.”*

<sup>1644</sup> F. J. 3º de la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de marzo de 2013, en recurso 219/2012.

<sup>1645</sup> Así lo entiende la Sala de lo Social de la propia Audiencia Nacional, entre otras, en sus Sentencias 14/2014, de fecha 29 de enero de 2014, en recurso 431/2013, , número 20/2014 de fecha 5 de febrero de 2014, en recurso 47/2013, ambas Ponente Ricardo Bodas, de conformidad con criterio mantenido por la propia Sala en anteriores Sentencias de 24 de abril de 2013 o 11 y 16 de septiembre de 2013, procedimientos 79/2013 219/2013 y 314/2013 por considerar que un comité de empresa de centro de trabajo no puede negociar un convenio de empresa, que afecte a otros centros de trabajo porque vulneraría frontalmente el principio de correspondencia exigido por la jurisprudencia.

<sup>1646</sup> Sentencia de la AN número 24/2014, de fecha 10 de febrero de 2014, en recurso 449/2013, Ponente López Parada.

<sup>1647</sup> Sentencia de la AN número 31/2014, de fecha 17 de febrero de 2014, en recurso 470/2013, Ponente López Parada.

### 3.3.3.- Legitimación activa de comisiones sindicales o *ad hoc* de trabajadores

La norma guarda silencio en relación la legitimación activa de las comisiones *ad hoc* o sindicales.

En principio no parece que exista problema para conceder legitimación en el supuesto de las comisiones sindicales, desde la perspectiva de que se entienden portadoras del interés colectivo de los trabajadores <sup>1648</sup>.

Más problemática se presenta la cuestión en el supuesto de las comisiones *ad hoc*. Ante la alternativa de conceder legitimación activa a las comisiones *ad hoc* o a los sindicatos para que formulen la acción, se propone como más viable la segunda opción <sup>1649</sup>, concluyéndose directamente por otros autores en el sentido de que las comisiones *ad hoc* no se encontrarían legitimadas, básicamente porque no tienen atribuida esta facultad <sup>1650</sup>.

No es éste por el contrario el criterio que se sigue determinada doctrina judicial que confiere plena legitimidad a las comisiones *ad hoc* para la impugnación de los acuerdos, posición ésta que compartimos plenamente <sup>1651</sup>. En esta interpretación, las comisiones *ad hoc* ostentan la condición de representantes legales bajo el argumento principal de que es la propia norma la que les confiere tal representación, estando por tanto ante una representación específica de los trabajadores, promovida por la ley. A mayor abundamiento, se fundamenta la conclusión en la legitimación pasiva de estos sujetos de en los supuestos de impugnaciones de acuerdos en períodos de consultas <sup>1652</sup>.

En todo caso, el debate se cierra en sentido afirmativo tras reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo en Sala General en marzo de 2014 <sup>1653</sup>, resolución en la que expresamente

---

<sup>1648</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013, p.121, “ya que en este caso habrá que pensar que la representación sindical, aunque sea de ámbito superior, puede ser portadora del interés colectivo de los trabajadores (arts. 154.a) y 165 a) LRJS”,

<sup>1649</sup> NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012, p. 79 y ss, pues admitir que las comisiones *ad hoc* tienen capacidad procesal requeriría una específica reforma legislativa.

<sup>1650</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1ª Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013, p. 187. En esta línea, GORELLI HERNANDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013, p. 84 y 85.

<sup>1651</sup> Sentencia número 203/2013 dictada por la Audiencia Nacional en fecha 19 de noviembre de 2013, en recurso 293/2013, Ponente Fernández Lomana.

<sup>1652</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 13 de mayo de 2013 en rec. 89/2013, F.J. 5º, que si bien está referida a un supuesto de impugnación de despido colectivo, resulta plenamente aplicable a estos efectos a los supuestos de descuelgues.

<sup>1653</sup> F.J. 2º de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 2014, recurso 114/2013; Ponente María Lourdes Arastey Sahun: “Sorprendentemente, el legislador no ha tenido en cuenta esa realidad a la hora de acomodar las reglas procesales por las que ha de regirse la

se señala que las comisiones sindicales y *ad hoc* ostentan legitimación activa a los efectos de la impugnación de los despidos colectivos ex art. 124 LRJS.

Para el Alto Tribunal, entenderlo de otro modo supondría no sólo vaciar de contenido el derecho a tutela judicial efectiva de los trabajadores desde la perspectiva colectiva, sino también desvirtuar por completo el periodo previo de consultas en tanto que sobre él planearía la amenaza de que, de no alcanzarse un acuerdo con la comisión *ad hoc*, la decisión de la empresa devendría irrevocable<sup>1654</sup>. En estos términos, el argumento resulta plenamente extrapolable para las impugnaciones en descuelgues de convenio.

### **3.3.4.- Legitimación activa de los sujetos legitimados para la impugnación del convenio colectivo**

Una vez que hemos concluido en el sentido de que la modalidad procesal aplicable al acuerdo de descuelgue o a la decisión sustitutiva es la del procedimiento de impugnación de convenio colectivo, ningún problema se plantea en este sentido en lo referente a la legitimación activa de los sujetos referidos en el art. 165 LRJS, eso sí, por los trámites del conflicto colectivo<sup>1655</sup>.

---

*eventual impugnación de la decisión empresarial adoptada sin acuerdo y, como se ha visto, al señalar a los sujetos legitimados para accionar por la vía del art. 124 LRJS, se ha limitado a mencionar a los representantes "clásicos" (mención reiterada en el texto hoy vigente, pese a que el citado apartado 1 fue objeto de modificación en la Ley 3/2012 en aspecto que ahora no viene al caso). No cabe duda de que los trabajadores individualmente considerados están excluidos de la acción que hace nacer el proceso del art. 24 LRJS y ello porque se trata de un procedimiento de carácter colectivo que, como tal, busca obtener una solución judicial homogénea para todos los afectados por la decisión empresarial objeto de la impugnación. La interpretación literal estricta que la empresa postula impediría la impugnación de las decisiones empresariales extintivas de carácter colectivo en las empresas o centros de trabajo que carecen de representación legal o sindical. Ello supondría, no solo vaciar de contenido el derecho a tutela judicial efectiva que los trabajadores pueden tener desde la perspectiva colectiva, sino desvirtuar por completo el periodo previo de consultas en tanto que sobre él planearía la amenaza de que, de no alcanzarse un acuerdo con la comisión *ad hoc*, la decisión de la empresa devendría irrevocable, sólo pendiente de las eventuales acciones individuales de los trabajadores afectados, las cuales tienen una finalidad distinta y sirven a la tutela de intereses no comparables con los que el proceso colectivo trata de satisfacer. No es factible admitir que la dinámica y alcance de las herramientas de defensa y de conflicto entre las partes sean distintas según se haya constituido o no representación legal o sindical de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo. Entenderlo como la empresa pretende implica negar el cauce de impugnación del art. 124 LRJS en los despidos colectivos de las empresas sin representantes legales o sindicales. Y que la comisión *ad hoc* ha de ser incluida en el concepto de representación legal a los efectos del art. 124 LRJS lo demuestra, además, el que la acción pueda ejercitarse también, subsidiariamente, por el propio empresario en un supuesto en que, lógicamente, se ha de partir de la falta de acuerdo y en que en el caso de inexistencia de representación legal o sindical en la empresa, los únicos posibles demandados habrán de ser los integrantes de la comisión *ad hoc* en calidad de tal. Por último, el art. 124.4 LRJS determina a los legitimados pasivamente en caso de que se hubiera alcanzado acuerdo y se refiere a "los firmantes", quienes, en un supuesto como el que ahora se analiza, hubieran sido la empresa y la comisión *ad hoc*."*

<sup>1654</sup> DE LA VILLA SERNA, L.E.: "La legitimación procesal de las comisiones laborales y sindicales. Una laguna cubierta por el Tribunal Supremo", *Diario La Ley*, nº 8401, Sección Tribuna, 17 de octubre de 2014, año XXXV, Editorial La Ley.

<sup>1655</sup> Respecto de la remisión al conflicto colectivo, CASTRO ARGÜELLES puntualiza que lo era a los solos efectos de los trámites: "la remisión que los arts. 161.3 y 163.1 LPL hacían al proceso de conflicto colectivo tenía exclusivamente como finalidad la aplicación de determinados trámites, sin afectar a la

Por ilegalidad, legitimación activa de la autoridad laboral en demanda de oficio, de los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, asociaciones empresariales interesadas, Ministerio Fiscal o Administración General del Estado y Administración de las Comunidades Autónomas en su respectivo ámbito, o incluso Instituto de la Mujer y organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas en los supuestos de cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo. Se plantea no obstante la duda en estos supuestos de si los representantes legales o sindicales o los empresarios que sostuvieran la ilegalidad del laudo o decisión, al no tener que publicarse, deberían solicitar o no previamente ex art. 163.2 LRJS que se cursara al Juzgado o a la Sala la comunicación de oficio.

Por lesividad, la legitimación activa se haría extensible a los terceros cuyo interés hubiera resultado gravemente lesionado, no teniendo en ningún caso a estos efectos la condición de terceros ex art. 165.1 b) LRJS los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del descuelgue.

### **3.3.5.- Acceso al procedimiento en condición de interesados de sindicatos representativos, asociaciones empresariales representativas y los órganos de representación legal o sindical**

Por último, nos referimos brevemente a la posible intervención de los sindicatos en un procedimiento de impugnación de descuelgue de convenio colectivo.

Con carácter general, en el art. 17.2 de la LRJS se establece la posibilidad de que los sindicatos se personen y sean tenidos por parte en aquéllos procesos en los que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores. Pues bien, a pesar de esta genérica previsión en la norma, existe reciente doctrina judicial <sup>1656</sup> en la que se concluye la falta de legitimación de determinados sindicatos al entender el Tribunal que el acceso al proceso en condición de interesados sólo está previsto para la modalidad procesal del conflicto colectivo <sup>1657</sup>. Dicho esto, no es éste el criterio que se sigue en doctrina de la misma Sala en demanda tramitada por la modalidad procesal de la impugnación de convenio colectivo en la que se concluye la facultad de los sindicatos más representativos para personarse en demandas de impugnación directa de convenios colectivos siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más

---

*singularidad de la modalidad procesal en sí misma con sus consecuencias en orden a la determinación de las partes, los requisitos de la demanda, el acto de juicio y la propia sentencia"*

<sup>1656</sup> Supuesto resuelto en la Sentencia de la Audiencia Nacional número 142/2013, de 8 de julio de 2013, en recurso 180/2013, Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup> Carolina San Martín Mazzucconi. El argumento, a pesar de tratarse de una impugnación de despido colectivo, sería trasladable *mutatis mutandis* a la modalidad procesal de impugnación del convenio colectivo prevista para la impugnación de los acuerdos de descuelgue o decisiones sustitutivas.

<sup>1657</sup> Art. 155 LRJS: *"En todo caso, los sindicatos representativos, de conformidad con los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, las asociaciones empresariales representativas en los términos del art. 87 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y los órganos de representación legal o sindical podrán personarse como partes en el proceso, aun cuando no lo hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto"*.

amplio que el del conflicto, si bien limitando su margen de actuación a las causas de pedir de la demanda <sup>1658</sup>.

En esta tesitura, aunque esta posibilidad sólo se prevea para la modalidad procesal del conflicto colectivo, dados los términos del art. 17.2 de la LRJS, no vemos inconveniente en efectuar una interpretación extensiva para los supuestos de ejercicio de otro tipo de modalidades colectivas como la de la impugnación del convenio.

---

<sup>1658</sup> F.J. 3º de la Sentencia número 35/2014 de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de febrero de 2014, en recurso 344/2014; Ponente Ricardo Bodas Marín.

## CONCLUSIONES

Como colofón al presente trabajo, y previa sucinta valoración de la institución en su actual contexto legal, procedemos a exponer nuestras conclusiones en cada una de las cuestiones analizadas.

En lo que se refiere a la valoración global de la figura, no es discutible el papel protagonista del que el legislador pretende revestir a la figura del descuelgue en el actual sistema de relaciones laborales, modelo presidido por una acentuada voluntad de adaptación de las condiciones de trabajo a las necesidades económicas, organizativas y productivas de las empresas.

En este sentido, la potenciación del mecanismo de flexibilidad interna que es el descuelgue se ha convertido en uno de los ejes fundamentales en las diferentes reformas llevadas a cabo en los últimos años.

Y en ese papel principal, la inaplicación se incardina en un modelo de negociación colectiva más dinámica en el que la necesidad de adaptación a las circunstancias concurrentes conlleva la descentralización del modelo hacia el ámbito de la empresa. Frente a la rigidez de un modelo presidido por la negociación sectorial, el legislador diseña una serie de medidas conducentes a la potenciación de la capacidad de adaptación en el ámbito de la empresa, entre ellas, en el papel de actor principal, la figura del descuelgue ex art. 82.3 ET.

Muchas han sido las cuestiones que se han ido modificando a lo largo del exigente proceso reformador en los últimos cinco años en la regulación del régimen jurídico de la inaplicación: entre otras, la “sustracción” de la regulación del descuelgue salarial a la negociación colectiva, la ampliación de las materias modificables, la posibilidad de proceder al “autodescuelgue”, la canalización en la norma de la interlocución en empresas carentes de representación legal, la preferencia negocial con las secciones sindicales, el encaje sistemático de todos los descuelgues en el Título III del ET y consiguiente tratamiento uniforme, la potenciación de los procedimientos de solución autónoma de las discrepancias, la instauración de una posible última vía de solución heterónoma del conflicto, etc...

En todo caso, dos son las cuestiones principales que a nuestro juicio procede en este momento reseñar.

En primer lugar, nos encontramos ante un modelo articulado desde la Ley, modelo sin duda “inducido” pero en el que se otorga un papel protagonista a la autonomía colectiva. En el esquema legal, son las propias partes negociadoras las que reciben el mandato del legislador de “autocomponer” los procedimientos para la solución de las posibles desavenencias en la negociación del acuerdo, tanto en el nivel del convenio colectivo como en el del acuerdo interprofesional.

En segundo término, nos encontramos ante una potenciación legal de la figura del descuelgue de convenio colectivo que se produce en clara sintonía con los objetivos declarados por los interlocutores sociales en el proceso del diálogo social en el deseo de fomentar las medidas de flexibilidad interna y de adaptación en cuanto alternativa a la destrucción de puestos de trabajo.



En este contexto, más allá de debates en ocasiones excesivamente apasionados, la realidad de los datos confirma la virtualidad de una figura legal prevista fundamentalmente como alternativa a la destrucción de puestos de trabajo.

Por lo tanto, más allá de la posibilidad de introducción de puntuales reformas en su regulación legal, en el escenario actual la completa regulación de la institución, producto sin duda del intenso proceso reformador de los últimos años, se presenta como una garantía para que las empresas puedan puntualmente excepcionar la fuerza vinculante del convenio en cuanto alternativa al tradicional recurso a las medidas de flexibilidad externa. Y en este sentido, aval para el mantenimiento de los puestos de trabajo.

Siendo así, por su naturaleza excepcional, temporal y causal, la figura no puede ser sino bien recibida.

Y en este sentido, no es ésta una conclusión aislada; antes al contrario, tal y como se puede constatar en el documento *“Estudio de la OCDE sobre la reforma laboral 2012 en España: una evaluación preliminar”* (diciembre de 2013) <sup>1659</sup>, el órgano supranacional considera que la reforma laboral del 2012, en general, y la efectuada en la materia de negociación colectiva, en particular, descuelgue incluído, van en la dirección correcta al promover la flexibilidad interna en las empresas en cuanto alternativas de ajuste interno en respuesta a situaciones <sup>1660</sup>, con potencial para impulsar el crecimiento de la productividad y la competitividad <sup>1661</sup>.

## **I.- EL ACUERDO DE DESCUELQUE O LA DECISIÓN SUSTITUTIVA COMO PRODUCTOS DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA**

En la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, nos encontramos ante un producto de la autonomía colectiva que se configura legalmente como un mecanismo de disponibilidad colectiva del convenio a través del cual el legislador va a permitir en determinados supuestos excepcionar su eficacia desde la propia autonomía colectiva.

De este modo, se sustituye un poder colectivo por otro de idéntica naturaleza, tanto en el supuesto de un acuerdo de descuelgue alcanzado en el inicial período de consultas, como en el acordado en alguna de las fases posteriores en la denominada gestión del desacuerdo, o en el suscrito en los procedimientos de solución autónoma de conflictos creados en acuerdos interprofesionales ex art. 83 ET. No resulta cuestionable en este último sentido que la intervención de los órganos autónomos de solución de conflictos se constituye desde la

---

<sup>1659</sup> <http://www.oecd.org/fr/els/emp/OCDE-EstudioSobreLaReformaLaboral-ResumenEjecutivo.pdf>

<sup>1660</sup> Con especial énfasis, textualmente, pág. 1 *in fine* del informe de evaluación: “La reforma ha promovido la flexibilidad interna en las empresas... Uno de los principales elementos de la reforma es la mayor preferencia que se da a los convenios colectivos de empresa con respecto a los convenios sectoriales o regionales, así como la mayor facilidad que se ofrece a las empresas para descolgarse de los convenios colectivos y adoptar medidas de flexibilidad interna para limitar la destrucción de empleo”... *“La reforma laboral ha mejorado la flexibilidad de jure del sistema de negociación colectiva de una forma que rara vez se habría encontrado antes de la crisis ni en España ni en otros países de la zona del euro”*

<sup>1661</sup> P. 3: *“Basándose en un ejercicio de simulación que se fundamenta en la experiencia de los países de la OCDE durante un prolongado periodo de tiempo, el informe sugiere que la reforma podría impulsar el crecimiento de la productividad del trabajo a largo plazo en cerca de un ¼ de punto porcentual al año en el sector empresarial (excluida la agricultura, minería, combustibles y servicios profesionales).”*

perspectiva constitucional como una manifestación del principio de la autonomía colectiva y, más concretamente, del derecho de negociación colectiva y a adoptar medidas de conflicto colectivo, entre las que se encuentran las de crear medios para solventarlo.

No obstante, en aquéllos procedimientos de inaplicación en los que no hubiera sido posible alcanzar un acuerdo en cualquiera de las fases de negociación o de solución autónoma previas, bien por no resultar aplicables, bien por no haberse resuelto la discrepancia, a partir de la reforma laboral de 2012 el propio legislador va a prever en la norma la posibilidad de intervención de determinados órganos tripartitos en la solución del conflicto.

En este segundo escenario, la naturaleza jurídica de la decisión difiere de la de las anteriores fases, pues ya no nos encontramos ante un procedimiento de solución autónoma sino ante una intervención de naturaleza heterónoma, no tanto desde la perspectiva de que va a ser un tercero ajeno a las partes quien va a decidir la controversia cuanto desde la de que no va a existir el compromiso previo por ambas partes de someter voluntariamente la controversia al órgano tripartito.

## **II.- NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO O DECISIÓN SUSTITUTIVA ALCANZADOS EN PERÍODOS DE CONSULTA O EN PROCEDIMIENTOS SOLUCIÓN AUTÓNOMA**

Partiendo de la anterior diferenciación, refiriéndonos a la naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue o de la decisión sustitutiva en procedimientos de solución autónoma, el hecho de que nos encontremos ante un producto de la autonomía colectiva *ex art. 37 CE* no va a resultar suficiente argumento para concluir acerca de su naturaleza jurídica.

En este sentido, en cuanto mecanismo de disponibilidad colectiva del convenio, dos son las opciones que se nos plantean, la primera, incardinarlo como una especie más dentro del amplio género de los denominados con carácter general como acuerdos de empresa, la segunda, asimilarlo en cuanto a su naturaleza jurídica al propio convenio colectivo.

En una primera lectura, no hay duda de que nos encontramos ante un acuerdo de empresa propiamente dicho, acuerdo que además no se presenta en la norma con la vocación de generalidad en la regulación de las condiciones de trabajo propia del convenio colectivo. A mayor abundamiento, se trata de un acuerdo que va a poder ser adoptado no sólo por los sujetos legitimados para la negociación del convenio colectivo sino, en ausencia de representación legal, por determinadas comisiones de trabajadores o sindicales *ad hoc*.

No obstante, a pesar de estas condicionantes, nuestra conclusión lo es en el sentido de asimilarlo al convenio colectivo en lo referente a su naturaleza jurídica por los siguientes motivos.

En primer lugar, porque tanto en el acuerdo de inaplicación como en la decisión sustitutiva, se va a sustituir al propio convenio colectivo por el acuerdo o decisión de descuelgue en la materia objeto de inaplicación, constituyéndose en fuente de la relación laboral *ex art. 3.1 b) ET* en esa concreta condición al mismo nivel que el convenio colectivo.

En segundo término, el acuerdo de inaplicación o decisión sustitutiva se configura como un conjunto de reglas abstractas e innominadas que en la materia objeto de descuelgue cumple idéntica función a la del convenio colectivo estatutario en cuanto instrumento colectivo regulador de las condiciones de trabajo. En estos términos, entre acuerdo de descuelgue y convenio colectivo no se establece relación alguna de complementariedad, subsidiariedad o suplementariedad como la que se establece entre el acuerdo de empresa “genérico” y el convenio colectivo, situándose el acuerdo de inaplicación al mismo nivel que el convenio colectivo, aplicándose de manera automática, imperativa e inderogable *in peius* en las relaciones laborales comprendidas en el correspondiente ámbito de aplicación del convenio.

Siendo así, no resulta cuestionable que el acuerdo de inaplicación se va a encontrar revestido de una especial vinculabilidad, igual a la del convenio colectivo, por lo que desde esta sola perspectiva su naturaleza y eficacia jurídicas deben equipararse a las del convenio colectivo al que sustituye.

En tercer lugar, es reiterada la jurisprudencia que de manera recurrente concede eficacia jurídica normativa y personal general tan solo al producto de la autonomía colectiva en la más alta de sus manifestaciones, esto es, al convenio colectivo negociado conforme al procedimiento y siguiendo los requisitos formales del Título III del ET.

En esta interpretación, susceptible de ser revisada en nuestra opinión, se descarta otorgar eficacia jurídica normativa a productos de la autonomía colectiva previstos en el propio articulado del ET, con plena vocación reguladora, negociados por los sujetos con legitimación suficiente para la suscripción en el correspondiente ámbito de un convenio colectivo, resultando incluso susceptibles de modificación por la vía de la institución de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo *ex art. 41 ET*. En esta lectura, no resulta posible asimilar naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue y del acuerdo de empresa.

En cuarto lugar, la opción del legislador por el encaje sistemático y el consiguiente tratamiento uniforme de todos los descuelgues de convenio en el Título III del ET va a revestir al acuerdo de inaplicación, o a la decisión sustitutiva, de una naturaleza jurídica análoga a la del convenio colectivo. Por algo el legislador regula la institución precisamente en el precepto estatutario dedicado a la eficacia del convenio colectivo.

En este sentido, la *interpositio legislatoris*, en cuanto garantía institucional que asegura la efectividad del derecho a la negociación colectiva y su fuerza vinculante, reviste al acuerdo o a la decisión de esa especial vinculabilidad propia del convenio colectivo estatutario, superándose a estos efectos la rigorista interpretación jurisprudencial que exige en todo caso la tramitación formal del procedimiento previsto para el convenio colectivo para otorgar al producto de la autonomía colectiva su misma eficacia. Procedimiento formal que, a mayor abundamiento, el legislador expresamente ha diseñado en el propio Título III del ET para el descuelgue.

Por estas razones, la conclusión no puede ser otra que la de asimilar en cuanto a su naturaleza jurídica al acuerdo de inaplicación con el convenio colectivo que excepcionalmente inaplica.

### **III.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECISIÓN O DEL LAUDO EN LA ÚLTIMA FASE EN LA SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA**

No es ésta sin embargo la conclusión a la que llegamos para el supuesto de la decisión adoptada en los órganos tripartitos de solución de la discrepancia en la posible última fase en la gestión del desacuerdo, en su propio seno, o mediante árbitro designado al efecto.

En estos dos escenarios nos encontramos ante una solución de naturaleza arbitral, en cuanto decisión o laudo se imponen por un tercero ajeno a las partes en conflicto sin la suscripción del necesario compromiso arbitral previo, ante una solución heterónoma del conflicto que se diferencia desde esta sola perspectiva del acuerdo o de la decisión alcanzada en las fases anteriores.

Ahora bien, sentado lo anterior, tanto por la propia naturaleza del órgano, -colegiado, tripartito y paritario, que actúa con autonomía funcional e independencia plenas respecto del órgano administrativo del que orgánicamente depende-, como por el modo en que deben adoptarse los acuerdos en su seno, -por mayorías cualificadas-, no es posible otorgar a esta actuación la condición de un acto administrativo propiamente dicho.

No nos encontramos ante un acto unilateral de la Administración por el que se ejerciten competencias y potestades administrativas, actuación a través de la cual se impongan consecuencias jurídicas al administrado, sino ante una decisión colegiada por la que se acuerda admitir o no la solicitud de inaplicación de condiciones pactadas en el convenio colectivo. Decisión que lo va a ser como consecuencia de la concurrencia de voluntades de las tres partes integrantes del órgano colegiado, en una actuación del órgano tripartito que además en modo alguno se encuentra sometida a las reglas propias del derecho administrativo, de control ante la jurisdicción contencioso-administrativa propias de los actos administrativos, no resultándoles tampoco aplicables las amplias potestades de revisión del acto administrativo propias de la Administración.

Nos encontramos por tanto ante una actuación administrativa pero sólo en el sentido amplio del término, en cuanto que proviene de un órgano colegiado en el que participan organizaciones representativas de intereses sociales, integrado en la Administración de Trabajo aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta.

Siendo así, a la vista de la finalidad de la institución, de la indiscutible eficacia jurídica normativa y personal general de la decisión o del laudo en cuanto sustituye al propio convenio colectivo en la concreta materia de inaplicación, de la generalidad y abstracción en sus destinatarios o de su vocación de ordenar las relaciones laborales en la esfera de la concreta materia o materias susceptibles de inaplicación, la naturaleza de la intervención del órgano tripartito se va a asimilar a la de una actuación arbitral a través de la cual se imponen determinadas condiciones de trabajo en la materia objeto de inaplicación.

Intervención muy matizada al resultar en todo caso subsidiaria de las anteriores fases de solución autónoma del conflicto, de último grado y limitada en cuanto al ámbito de cognición y decisión. Pero sobre todo, por la posibilidad de un control judicial ampliado sobre la decisión o

el laudo, hasta el punto de que en nuestra conclusión nos encontramos más ante una intervención de naturaleza pseudoarbitral.

#### **IV.- EL DESCUELQUE DE CONVENIO COMO INSTRUMENTO PARA LA ADAPTACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA**

La institución de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo se configura en la norma como un mecanismo excepcional para la adaptación de las condiciones de trabajo en la empresa. Y en esta finalidad, con los cambios en la regulación legal de la figura en la reforma del 2012, el legislador avanza en el camino ya iniciado en reformas anteriores, en el *desiderátum* de que la negociación colectiva se convierta en un instrumento y no en un obstáculo para la adaptación de las condiciones a las circunstancias concretas de las empresas.

Con las últimas reformas laborales el legislador persigue una negociación más cercana al ámbito de la empresa como vía para alcanzar la flexibilidad interna, en cuanto alternativa real a la destrucción de puestos de trabajo. Frente a un modelo normativista del convenio, se ahonda en la evolución hacia un sistema de negociación continuada de los acuerdos y en la configuración del mismo como un pacto más dinámico, respondiendo la inaplicación a la finalidad constitucionalmente legítima del mantenimiento del empleo y de la defensa de la productividad en el contexto de la búsqueda del empleo.

Y en este escenario, el descuelgue de convenio se constituye en pieza esencial, que no única, en el diseño legal, actuando como “válvula de seguridad” frente a la eficacia general y al carácter general de buena parte de los convenios. En este sentido, nos encontramos ante un conjunto de medidas encaminadas todas ellas a favorecer y potenciar los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las concretas circunstancias de las empresas, medidas entre las que va a cobrar también protagonismo la de la preferencia aplicativa del convenio de empresa *ex art. 84.2 ET*.

En este *continuum* iniciado en el proceso reformador del 2010, potenciado sobremanera en el del 2011 y culminado en la reforma del 2012, el legislador “independiza” en cierta manera al nivel de empresa respecto de los niveles superiores, potenciando en este objetivo la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo y convirtiendo la preferencia aplicativa del convenio de empresa en regla de “primer grado”.

No obstante, descuelgue de convenio colectivo y preferencia aplicativa del convenio de empresa se presentan en la norma con importantes diferencias tanto en lo que concierne a su naturaleza, procedimiento, presupuestos legales habilitantes, sujetos legitimados para la negociación en ausencia de representación legal, presupuesto causal, al alcance de la buena fe negocial, materias susceptibles de negociación en uno u otro supuesto, gestión del desacuerdo o duración.

En este sentido, el carácter causal del descuelgue y su duración temporal son argumentos que confirman la naturaleza excepcional de la institución de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo, en cuanto supone de derogación de la regla general de la eficacia del convenio, y que claramente la diferencian de la regla de la preferencia aplicativa del convenio de empresa *ex art. 84.2 ET*.

## **V.- CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS SUSCEPTIBLES DE INAPLICACIÓN *EX ART. 82.3 ET***

En cuanto a los convenios colectivos susceptibles de inaplicación por la vía del procedimiento previsto en el art. 82.3 ET, el legislador diferencia en la norma por la naturaleza del producto de la autonomía colectiva objeto de inaplicación y no por el ámbito del convenio, aplicando la institución a cualquiera de los convenios colectivos estatutarios que hubieran sido negociados por los sujetos legitimados para la suscripción de un convenio colectivo en su correspondiente ámbito y con las formalidades requeridas en el Título III del ET, ya fueran de ámbito supraempresarial, de ámbito de empresa o inferior.

En este sentido, la regulación del mecanismo del descuelgue presenta un alcance exclusivo y excluyente, quedando fuera de su ámbito de imputación normativa todos aquéllos acuerdos o pactos colectivos que no tuvieran la condición de convenio colectivo estatutario.

En esta lectura de la norma, y de conformidad con una pacífica y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que sólo confiere eficacia jurídica normativa y personal general al producto de la autonomía colectiva en la más alta de sus manifestaciones, esto es, al convenio colectivo estatutario del Título III del ET, todo acuerdo o pacto colectivo concertado sin cumplir los requisitos previstos en el Título III para el convenio colectivo sería susceptible de modificación unilateral por el procedimiento previsto en el art. 41 ET, entre ellos, los acuerdos de empresa subsidiarios o de regulación previstos incluso a lo largo del propio articulado del ET.

No obstante lo anterior, en el presente trabajo concluimos a favor de una interpretación flexible de la norma en la que proponemos la aplicabilidad de la institución de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio *ex art. 82.3 ET* a otros instrumentos de la autonomía colectiva a los que, sin ser convenios propiamente dicho, la propia norma les confiere el tratamiento o la eficacia jurídica de éste, pero siempre que los acuerdos se hubieran concertado por los sujetos con legitimidad suficiente para la suscripción del convenio colectivo en el correspondiente ámbito.

En este sentido, la institución del descuelgue de convenio aplicaría también en los supuestos de inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en acuerdos marco, en acuerdos sobre materias concretas, en acuerdos alcanzados en el seno de las comisiones paritarias o en órganos de solución autónoma de conflictos *ex art. 83 ET* en conflictos relativos a la aplicación o interpretación del convenio, en acuerdos suscritos en procedimientos de conflictos colectivos *ex art. 154 LRJS*, o en acuerdos fin de huelga reguladores.

Más allá aún, la inaplicación se haría extensible a otros supuestos en los que la norma ni siquiera equipara a estos acuerdos en tratamiento o eficacia con el convenio colectivo. En este sentido, al propio acuerdo de descuelgue, o al de los acuerdos parciales en procesos de renovación de convenios *ex art. 86 ET*, o al de los acuerdos expresamente llamados desde el propio convenio colectivo o desde la norma, por ejemplo, acuerdos de revisión o actualización salarial o acuerdos en el contexto de negociación de los planes de igualdad en convenios sectoriales.

## **VI.- INAPLICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO PACTADAS EN CONVENIOS COLECTIVOS DEL SECTOR PÚBLICO**

Sentado lo anterior, en el supuesto de inaplicación de condiciones pactadas en convenios, pactos o acuerdos colectivos del sector público, la aplicabilidad de la figura de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo *ex art. 82.3 ET* va a depender de la adscripción de los trabajadores a la Administración Pública, en el sentido estricto jurídico del término, y de su condición de personal laboral o funcionario.

En este sentido, el procedimiento previsto en el *art. 82.3 ET* no va a resultar aplicable a los pactos, acuerdos o convenios colectivos del personal funcionario ni del personal laboral adscrito a las Administraciones Públicas, supuestos en los que va a resultar aplicable la regulación específica prevista en los artículos 32 y 38 respectivamente del EBEP.

Sólo en el supuesto de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos aplicables al personal laboral contratado por entidades u organismos públicos que no cumplan las condiciones para ser consideradas como Administraciones Públicas en el sentido estricto y jurídico del término, va a resultar de aplicación la normativa laboral común, es decir, el procedimiento de descuelgue *ex art. 82.3 ET*.

La regulación en uno y otro supuesto presenta notables diferencias desde la perspectiva no solo de la unilateralidad de la Administración en la toma de la decisión en el supuesto de los empleados públicos sino también desde la de la mayor exigencia causal, insertándose las figuras de los arts. 32 y 38 EBEP en el contexto de determinadas medidas presupuestarias vinculadas a la contención del déficit público.

## **VII.- EL PRESUPUESTO CAUSAL COMO REQUISITO HABILITANTE Y CONDICIONANTE PARA EL DESCUELQUE**

La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo se presenta en la norma como una excepción a la regla general de la eficacia del convenio colectivo prevista en el *art. 82.3 ET*. Se trata de un mecanismo excepcional por el que, en determinadas condiciones y de manera temporal, el legislador permite modular la fuerza vinculante del convenio en la materia o materias objeto de inaplicación. Y en este sentido, la excepcionalidad debe servir para interpretar la institución del descuelgue.

Consecuencia de esta concepción legal, la puesta en marcha del procedimiento de inaplicación exige la actualización en la empresa de determinadas razones que se concretan en las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en los términos definidos en la propia Ley, diferenciándose desde esta perspectiva el descuelgue de convenio de otras figuras análogas como las de la revisión *ante tempus* del convenio o la de la preferencia aplicativa del convenio de empresa. En este sentido, la causa se convierte en requisito habilitante pero también condicionante del descuelgue

Varias son las conclusiones que resulta necesario efectuar en relación con las causas

En primer lugar, la exigencia causal no queda desvirtuada por la previsión legal a favor de su concurrencia en los supuestos de acuerdos alcanzados en la primera fase del procedimiento en

el período de consultas. En este sentido, con la previsión legal en la norma el legislador reviste al producto de la autonomía colectiva alcanzado en la primera fase de una mayor legitimidad, hasta el punto de que un acuerdo sin causa tan sólo podrá impugnarse reconduciéndolo a los supuestos del fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. No obstante, ello no significa que el descuelgue pierda su naturaleza causal.

En segundo lugar, el encaje sistemático y consecuente tratamiento uniforme de todos los descuelgues en el Título III del ET, va a tener sus consecuencias en la materia causal. Por un lado, el legislador unifica las causas para todos los descuelgues, para los anteriormente denominados como descuelgues “genéricos” del art. 41.6 ET como para los salariales del anterior art. 82.3 ET. Por otro, se procede a dar una nueva redacción a las causas, equiparando las causas económicas prácticamente con las exigidas para los despidos colectivos y dando nueva redacción a las causas técnicas, organizativas y productivas.

Ahora bien, en una lectura histórica de la redacción legal del precepto en relación con las reformas del 2010 al 2012, no existe una redacción más flexible en la norma en lo que se refiere al presupuesto causal habilitante, ni desde la perspectiva de la causa económica, ni menos aún desde la del resto de razones habilitantes.

En este sentido, en lo que se refiere a la causa estrictamente económica, la redacción legal parte de la exigencia de la constatación de una situación económica negativa, con independencia de que se incorpore en la norma un término de comparación para acreditar esa situación económica negativa en el supuesto de disminución de ingresos ordinarios o ventas. En lo que concierne al resto de causas, el requisito causal se presenta más exigente para los supuestos de los anteriores descuelgues “genéricos” en comparación con la redacción legal en la versión anterior de la norma, eliminándose de la redacción legal en ambos supuestos proyecciones finalistas vinculadas al mantenimiento del empleo de casi imposible objetivación.

En tercer término, la causa como requisito habilitante para el descuelgue no va a operar de manera automática, debiendo el empleador, o en su caso el tercero que resuelva la controversia, efectuar un juicio de adecuación de la medida en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. En este sentido, en el supuesto de control judicial causal por los tribunales, no se trata de discutir al empresario la racionalidad de la medida, desde la perspectiva de que sólo a él le incumbe la toma de la decisión en su condición de titular de la empresa, quedando el juicio de causalidad limitado a un juicio de adecuación en sentido estricto, ceñido a la constatación de la existencia de la causa, su pertenencia al tipo legal descrito en el art. 82.3 ET y su idoneidad para hacer frente a la necesidad empresarial.

En lo que se refiere al ámbito de apreciación de las causas, empresa en su conjunto vs centro de trabajo, se planteen problemas interpretativos en las empresas denominadas “multiformes”, con pluralidad de centros de trabajo, en el supuesto de aducirse razones económicas.

En este sentido, a pesar de una línea doctrinal ciertamente restrictiva en este punto, el ámbito de apreciación de las causas puede sin problema circunscribirse al del concreto centro o centros de trabajo afectados por la situación económica negativa, siempre que nos



encontráramos ante una unidad económica de producción, no resultando exigible la actualización de la situación económica negativa en el conjunto de la empresa sino en la concreta unidad económica de producción afectada.

Por otra parte, en lo que se refiere a empresas pertenecientes a grupos de empresa mercantiles, el ámbito de apreciación de la causa económica deberá ceñirse en exclusiva al de la empresa en la que se ponga en marcha el procedimiento, salvo en el supuesto de grupos de empresa “patológicos” o a efectos laborales, desde la perspectiva de que en nuestro ordenamiento laboral la empresa es el ámbito de imputación normativa en las relaciones laborales, sin que en modo alguno sea exigible la constatación de la situación económica negativa a nivel de grupo.

La misma conclusión en los supuestos de agrupaciones de empresarios por un tiempo determinado para llevar a cabo una determinada actividad, por ejemplo, Agrupaciones de Interés Económico o Uniones Temporales de Empresas. Resultando estas agrupaciones perfectamente lícitas en nuestro ordenamiento laboral, no persiguiendo ninguna intención fraudulenta, el ámbito de apreciación de las causas debe ceñirse sin duda al ámbito de la unión temporal o de la agrupación sin que se exija en modo alguno hacerlo extensible a las empresas integrantes de las mismas.

### **VIII.- LAS CONDICIONES DE TRABAJO SUSCEPTIBLES DE INAPLICACIÓN**

Nos encontramos ante un procedimiento previsto en la norma para inaplicar condiciones de trabajo en sentido estricto, por lo que todas las cuestiones relacionadas con los derechos colectivos, o con la vertiente de las relaciones colectivas de trabajo, quedan fuera del ámbito de imputación normativa de la figura del descuelgue del art. 82.3 ET.

Sentado lo anterior, si nos referimos a las condiciones propiamente dichas, el legislador ha optado por un listado cerrado en la norma de materias susceptibles de inaplicación, al contrario de lo prevenido por el legislador para el supuesto de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

En todo caso, la relación se asienta en términos suficientemente amplios sobre los tres pilares básicos de la relación laboral, habiéndose avanzado en el camino ya desbrozado en anteriores reformas al incorporar al listado las condiciones referidas a la jornada de trabajo, a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social, al tiempo que se hace referencia expresa a la cuantía salarial como materia susceptible de inaplicación junto con la del sistema de remuneración.

En estos términos, partiendo de la aludida amplitud del listado, del estilo en la redacción del precepto, en contraposición a la redacción contenida en el art. 41 ET, o de la evolución legal de la institución, en la que se ha sustraído la regulación del procedimiento a las partes negociadoras en convenio colectivo, no va a resultar posible ampliar el listado de materias susceptibles de inaplicación por la vía de la “dispositivización” del procedimiento.

## **IX.- EL PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN**

El procedimiento de inaplicación va a ser siempre colectivo, con independencia del número de trabajadores afectados por la inaplicación, articulándose sobre la necesaria negociación canalizada a través de la una única comisión negociadora representativa en la empresa con independencia de que el descuelgue pudiera afectar a uno, a varios, o a todos los centros de trabajo de ésta.

Y en este escenario de empresas “multiformes” con pluralidad de centros de trabajo, en aquéllos supuestos en los que en alguno o algunos de los centros de trabajo afectados por la inaplicación no existiera representación legal de los trabajadores, el modelo legal posibilita la constitución de comisiones “híbridas” de negociación, previsión legal que sin duda debe ser bien recibida desde la perspectiva de la necesaria seguridad jurídica a la vista de los contradictorios criterios en esta materia en la doctrina judicial.

Por otra parte, la constitución de la comisión negociadora con carácter previo al inicio del período de consultas se impone como una obligación en el modelo legal. De este modo, se superan disfunciones del anterior modelo en el que el nombramiento de la interlocución y la negociación corrían en paralelo durante los primeros cinco días del período de consultas.

En todo caso, resulta importante destacar que la necesidad de nombramiento de la comisión negociadora representativa se impone como una obligación legal para empresa y trabajadores a la vista de las exigentes obligaciones en materia de la buena fe negocial.

En este sentido, en el supuesto de falta de constitución de la comisión negociadora representativa por la parte social, la inacción de los trabajadores no puede desembocar en la paralización del procedimiento pues sería tanto como dejar en manos del que incumple sus obligaciones la posibilidad de bloquear el descuelgue. Por ello, transcurrido el plazo previsto para el inicial período de consultas, la empresa se encontraría facultada en su caso para la activación de las fases sucesivas en la denominada gestión del desacuerdo.

En parecidos términos, en los supuestos de una inadecuada conformación de la comisión negociadora representativa o de falta de la exigible proporcionalidad en su composición, la responsabilidad sería en su caso achacable a la parte que hubiera actuado incorrectamente. De este modo, siempre que la empresa hubiera dado cumplimiento a sus obligaciones previas de información a su plantilla en lo que se refiere a la necesidad de conformación de la comisión negociadora, se descartan nulidades de procedimiento instadas por la parte causante del incumplimiento.

Dos últimas cuestiones colaterales en materia de procedimiento, la primera, referida a la posibilidad de “dispositivización”, la segunda, relativa a la opción de acordar inaplicaciones de convenio colectivo en el marco de la negociación de otras medidas de flexibilidad externa o interna.

En lo que se refiere a la primera cuestión, y pese a la remisión que se efectúa en la norma al art. 41.4 ET, por el estilo cerrado en la redacción legal del precepto, por su contenido y estructura, por su finalidad, así como por el *iter* temporal en la regulación de las sucesivas reformas en materia de descuelgues, nuestra conclusión es la de que no resulta posible

proceder a la “dispositivización”, lo que no significa que no exista margen alguno de regulación complementaria vía negociación colectiva en esta materia. No obstante, entendemos esta opción más como una facultad de modulación que como una facultad de disposición del régimen jurídico legal, no resultando posible acordar “blindajes” frente al descuelgue en la negociación colectiva

En lo que concierne a la posibilidad de acordar medidas de inaplicación en el contexto de procedimientos de despidos colectivos, es el propio desarrollo reglamentario del art. 51 ET el que expresamente ha conferido a las partes negociadoras esta posibilidad, opción que se presenta no sólo lógica sino deseable en la medida en que nos encontramos ante medidas que van a evitar o a reducir los despidos colectivos. Más allá, igualmente concluimos a favor de la posibilidad de reconversión de un inicial procedimiento de despido colectivo en uno de inaplicación, pero siempre con el límite en la actuación que se impone desde la perspectiva de la buena fe negocial.

#### **X.- LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA NEGOCIACIÓN**

En materia de sujetos legitimados para la negociación, la Ley reproduce el esquema de anteriores reformas, confirmado la preferencia legal en la interlocución con la representación sindical instaurada a partir de la reforma en materia de negociación colectiva del 2011, así como continuando con la opción a favor de la posibilidad de nombramiento de comisiones de trabajadores o sindicales *ad hoc* en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores.

Dos precisiones en relación con la potenciación del canal sindical de negociación. En primer lugar, la preferencia legal debe interpretarse referida exclusivamente a las secciones sindicales que hubieran podido constituirse en la empresa pues la Ley exige expresamente acuerdo mayoritario de éstas unido a la mayoría en el correspondiente órgano de representación unitaria. En este sentido, no se está amparando en el modelo la negociación por el sindicato en cuanto tal sino a través de la sección sindical. En segundo término, mostramos nuestras cautelas con respecto a la previsión legal desde la perspectiva de que con esta preferencia se potencia a los sindicatos mayoritarios frente a sindicatos con menor implantación y, sobre todo, frente a candidaturas independientes, máxime cuando el modelo tradicional de negociación alternativa o dual en modo alguno coartaba la posibilidad de negociación por el canal sindical.

Por lo que concierne a la posibilidad de nombramiento de comisiones sindicales o de trabajadores *ad hoc* en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores, nos encontramos ante una interlocución excepcional por cuanto se encuentra referida a unos muy determinados supuestos entre los que no se encuentra el de la negociación del convenio *ex art. 87 ET*, con un mandato temporal mediante sufragio universal, libre y directo de los trabajadores, que en todo caso son quienes deben optar entre una u otra.

Nos encontramos, por tanto, ante una representación legal, habilitada en la misma norma que instituye el mecanismo de la representación unitaria en la empresa, representación que se presenta como una forma de participación de los trabajadores en la empresa, y que encuentra

perfecto encaje en la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de interlocución sobre el inexistente monopolio sindical en la defensa de los derechos colectivos de los trabajadores.

En todo caso, *de lege ferenda* proponemos la extensión de las garantías y prerrogativas previstas en la norma para los representantes legales de los trabajadores a los integrantes de la comisión de trabajadores *ad hoc*, máxime cuando su ámbito de actuación se corresponde fundamentalmente con el de las pequeñas y medianas empresas.

## **XI.- EL PERÍODO DE CONSULTAS**

Pese a la posible confusión inicial, no nos encontramos ante un período de consultas en el sentido jurídico laboral del término sino ante un verdadero procedimiento de negociación colectiva instrumentado hacia la consecución del preceptivo acuerdo. En este sentido, las consultas en los procedimientos de descuelgue se diferencian claramente de las consultas en el resto de procedimientos de flexibilidad interna y externa: mientras que en el procedimiento de inaplicación se exige de partida el acuerdo para la toma de la decisión, en los restantes mecanismos la decisión final se residencia en último término en el empresario.

Sentado lo anterior, en el período de consultas podemos distinguir dos partes claramente diferenciadas, una primera, de estricto cumplimiento por el empresario de exigentes obligaciones de información y de entrega de documentación, una segunda, de negociación propiamente dicha.

En la primera fase, para la acreditación del cumplimiento de las obligaciones de información y de entrega de documentación va a servir como referencia la normativa reglamentaria a propósito de los despidos colectivos y suspensiones y reducciones de jornadas, existiendo un claro “campo de intersección” a estos efectos. En este sentido, va a resultar decisiva la transmisión de toda la información “pertinente” para que los trabajadores a través de sus representantes puedan tener un conocimiento cabal de la situación de la empresa y así efectuar las correspondientes propuestas y contrapuestas. No obstante, la documentación enumerada en la norma reglamentaria no tienen el valor de *ad solemnitatem*, descartándose pretendidas nulidades por vulneración del procedimiento siempre y cuando los trabajadores hubieran tenido un conocimiento adecuado de los términos de afectación de la medida estando en condiciones de discutir su justificación y proporcionalidad y, en su caso, de proponer soluciones alternativas.

En la fase de negociación propiamente dicha, la buena fe comercial va sin duda a vincular a ambas partes durante el procedimiento, no debiendo confundirse ésta con la obligación de llegar a acuerdos, o con una necesaria reducción del alcance de la intervención, obligando por contra a mantener una actitud constructiva por ambas partes mediante la realización de ofertas y contraofertas con visos de llegar a un acuerdo.

En este contexto, dos principios básicos van a presidir el procedimiento negociador desde la perspectiva de la buena fe comercial, el de transparencia, y el de razonabilidad.

## **XII.- LA GESTIÓN DEL DESACUERDO ANTE LA COMISIÓN PARITARIA DEL CONVENIO**

Partiendo de un modelo legal caracterizado por una acentuada potenciación de los mecanismos de solución del conflicto en la búsqueda del, en principio, preceptivo acuerdo, el legislador prevé la posibilidad de someter la controversia en el período de consultas ante la comisión paritaria del convenio colectivo en lo que se constituye como una posible segunda fase en el procedimiento.

Varias son las características que podemos extraer del modelo legal propuesto.

En primer lugar, nos encontramos ante una atribución competencial establecida directamente en la Ley, sin que sea necesaria la previa habilitación convencional al efecto para solicitar la intervención del órgano de administración del convenio. En este sentido, el legislador da una “vuelta de tuerca” al papel de las comisiones paritarias atribuyéndole funciones decisorias en materia de descuelgues.

En segundo lugar, se trata una intervención potestativa, carácter facultativo de la intervención que las propias partes negociadoras en el correspondiente convenio colectivo o acuerdo interprofesional podrán convertir en obligatoria en el ejercicio de su autonomía colectiva.

En tercer término, en el supuesto de descuelgues sectoriales, nos encontramos ante una intervención de naturaleza “pseudoarbitral” en cuanto la controversia se resuelve por un tercero ajeno al conflicto, ante una especie de arbitraje unilateral solicitado por una sola de las partes a tenor del cual va a ser el órgano de administración e interpretación del convenio el que resuelva la controversia.

En cuarto lugar, por analogía con la decisión en la última fase, las facultades decisorias se presentan con unos contornos muy delimitados, bien aceptar la inaplicación en los términos solicitados, bien modularla pero siempre dentro de los términos del previo debate.

En quinto lugar, en lo que se refiere a la secuencia de la intervención, aún resultando el trámite en principio potestativo en la norma, en el supuesto de haberse pactado la obligatoriedad de sometimiento de la controversia a la misma en convenio colectivo o en acuerdo interprofesional, no va a resultar posible acceder a las siguientes fases de la gestión del desacuerdo en el caso de no haberse sometido previamente la cuestión a la paritaria.

Por último, la eventual resolución que en su caso pudiera dictarse por la comisión paritaria del convenio al pronunciarse sobre la discrepancia va a tener siempre y en todo caso la naturaleza dirimente propia del laudo arbitral. De este modo, las partes van a quedar vinculadas por la resolución que se adopte sin posibilidad de abrir las sucesivas fases previstas para el desbloqueo, tanto en el supuesto de solución favorable a sus intereses, como en el supuesto de rechazarse.

## **XIII.- LA GESTIÓN DEL DESACUERDO ANTE LOS ÓRGANOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS EX ART. 83 ET**

En el escenario de no haberse sometido la controversia a la comisión paritaria del convenio o, pese a haberse sometido, en el de no haber podido resolverla, el legislador otorga un papel

protagonista en la gestión del desacuerdo a los procedimientos de solución autónoma de conflictos pactados en los acuerdos interprofesionales ex art. 83 ET de ámbito estatal o autonómico.

A estos efectos, en el modelo legal vigente a partir de julio de 2012, el legislador recupera la obligatoriedad de recurrir a estos procedimientos aplicables en la empresa, trámite preceptivo sin cuyo cumplimiento no sería posible en su caso acudir a la cuarta y última fase en la gestión del desacuerdo.

En el modelo legal propuesto, a nuestro juicio el legislador mandata a las partes para la negociación en los acuerdos interprofesionales de procedimientos para la solución “efectiva” de las discrepancias en los períodos de consultas, incluido en su caso el compromiso de someter la controversia a un arbitraje vinculante. Pero en este sentido, la norma no impone un arbitraje voluntario “obligatorio” en el acuerdo interprofesional, la mejor prueba de ello la previsión de la posibilidad de sometimiento a una última fase ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano equivalente autonómico.

No obstante, en relación a esta posibilidad de instauración de compromisos arbitrales en el acuerdo interprofesional o en convenio sectorial, nuestra conclusión es que no cabe objeción alguna con respecto a la posibilidad de establecer arbitrajes vinculantes “en frío”.

A pesar de que estrictamente no existiría una separación entre la fuente del establecimiento del arbitraje y del compromiso arbitral, o de que no se actualizaría el compromiso por la voluntad de las partes en conflicto sino a través de la voluntad de los negociadores en el acuerdo interprofesional, dada la eficacia general y directa de estos acuerdos ex art. 83 ET, o del convenio colectivo, a nuestro juicio no existiría obstáculo alguno desde la perspectiva constitucional. Antes al contrario, estos compromisos de arbitraje obligatorio acordados en acuerdos interprofesionales o en convenios colectivos sectoriales presentan la ventaja de distanciar la fuente de establecimiento del compromiso arbitral alejándola del ámbito del conflicto.

Una última conclusión para terminar con la gestión del desacuerdo desde la perspectiva “autónoma”. El modelo legal mandata a las partes negociadoras de los convenios ex art. 85.3. c) para establecer como contenido mínimo de los mismos procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo.

De esta manera, el sometimiento del conflicto a la paritaria o a los acuerdos de solución autónoma debería “convivir” con la solución de la controversia autoimpuesta en el convenio. Precisamente por ello, el legislador trata de asegurar la gestión efectiva del desacuerdo estableciendo una suerte de coordinación o de articulación legal entre el máximo nivel de negociación y el ordinario del convenio colectivo al establecer que ésa obligación ex art. 85.3 c) ET debe hacerse efectiva adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico.

Con esta doble secuencia de regulación, la previsión del art. 85.3 c) ET sirve de perfecto soporte para la actualización, por ejemplo, de compromisos arbitrales “en frío” en el acuerdo interprofesional.

#### **XIV.- LA GESTIÓN DEL DESACUERDO ANTE LA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS U ÓRGANO AUTONÓMICO EQUIVALENTE**

Para el supuesto de que no fueran aplicables los anteriores procedimientos de solución autónoma de conflictos o, en el supuesto de resultar aplicables, para el de que no se hubiera podido dar solución efectiva a la discrepancia, en el objetivo de garantizar la efectiva gestión del desacuerdo el legislador posibilita que una de las partes en conflicto someta la cuestión a la decisión un tercero, decisión que deberá ser adoptada en su propio seno o mediante árbitro nombrado al efecto.

Desde la perspectiva de que en la práctica la realidad de los datos demuestra que más del 99 por 100 de los procedimientos de inaplicación se resuelven en alguna de las tres fases previas, la mayor virtualidad de la propuesta legal sin duda reside en que ha servido de “acicate” para la efectiva negociación y consecuente solución autónoma en cualquiera de las tres fases previas.

En todo caso, el modelo se presenta en la norma con unas características muy definidas que debemos apuntar.

En primer lugar, la intervención de órgano tripartito se presenta en la norma como potestativa, subsidiaria y de último grado respecto de las anteriores fases en la solución autónoma del conflicto, trámite potestativo para la parte solicitante que no obstante se convierte en obligatorio para la no solicitante.

En segundo término, nos encontramos ante un modelo en el que se prima la solución autónoma del conflicto, hasta el punto de que la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, u órgano equivalente a nivel autonómico, van a resultar neutralizables por la propia autonomía colectiva en el supuesto de darse efectivo cumplimiento al mandato impuesto ex art. 85.3 c) ET. No existe en el modelo legal una solución heterónoma impuesta desde la Ley de manera directa y exclusiva y sin margen alguno a opciones alternativas de solución autónoma. Antes al contrario, el legislador mandata a las partes para autocomponer la solución autónoma efectiva del conflicto en el convenio ex art. 85.3 c) ET. No hay por tanto en el modelo legal intención alguna de desplazar la autonomía colectiva.

En tercer lugar, se trata de una actuación compartida entre órgano estatal y autonómicos en función no del ámbito del convenio colectivo inaplicado sino del centro o centros de trabajo afectados por la inaplicación.

En cuarto lugar, la decisión se va a resolver en el seno del propio órgano tripartito o mediante laudo dictado por árbitro designado al efecto pero siempre respetando la preferencia en este sentido de las partes en conflicto. Sólo en su defecto, será el propio órgano tripartito quien decida la resolución mediante “arbitraje” interno o externo.

En quinto lugar, el órgano decisor, o el árbitro, va a tener que efectuar un doble pronunciamiento, en primer lugar sobre la concurrencia de las causas habilitantes, en segundo término, sobre el alcance de la inaplicación.

En este último sentido, en sexto lugar, las facultades resolutorias del órgano tripartito o del árbitro se presentan en la norma con un muy limitado ámbito de cognición, al carecer el órgano o el árbitro de facultades decisorias plenas. En este sentido, la decisión carece de contenido normativo “positivo”, limitándose el órgano o el árbitro a aceptar la solicitud o a modularla, pero siempre dentro de los términos del debate desarrollado en el período de consultas. En este sentido, en el supuesto de no haberse desarrollado la negociación de manera efectiva en las fases previas, el órgano decisor deberá resolver el archivo de la solicitud, lo mismo en el supuesto de que la solicitud excediera de los límites de la anterior negociación.

En séptimo lugar, nos encontramos ante un órgano tripartito y paritario, vinculado que no dependiente de la Administración, y que ejerce sus competencias con independencia y autonomía plenas, debiendo adoptarse las decisiones en los supuestos de inaplicaciones por mayorías especialmente cualificadas.

Por último, tanto decisión como laudo arbitral van a estar sometidas a un control judicial pleno, revisión comprensiva tanto de las cuestiones de fondo como de forma.

Siendo así, la falta de voluntariedad de entrada queda ampliamente compensada en el modelo legal con el posible control judicial “amplio” del laudo o de la decisión, hasta el punto de que desde esta perspectiva en nuestra conclusión nos encontramos más ante una intervención “pseudoarbitral” que ante un verdadero arbitraje en cuanto éste último supone de equivalente jurisdiccional.

## **XV.- EFICACIA JURÍDICA Y PERSONAL DEL ACUERDO DE INAPLICACIÓN O DE LA DECISIÓN SUSTITUTIVA**

Alcanzado el acuerdo, o decidida la inaplicación por un tercero ajeno al conflicto, las nuevas condiciones de trabajo se van a imponer de manera automática, imperativa e inderogable en el concreto ámbito de aplicación del descuelgue. En este sentido, tanto el acuerdo como la decisión sustitutiva van a sustituir íntegramente al convenio colectivo en la concreta materia objeto de inaplicación, constituyéndose en fuente de la relación laboral ex art. 3.2 c) ET para los trabajadores afectados por la medida.

Siendo así, la eficacia jurídica del acuerdo, o de la decisión sustitutiva, no puede ser otra que la propia del convenio colectivo al que excepcional y temporalmente sustituye, esto es, eficacia jurídica normativa, que se identifica con la más absoluta incompetencia de los sujetos individuales para modificar lo acordado o decidido en el descuelgue. En este debate, el encaje sistemático de la figura en el art. 82.3 dedicado a la eficacia del convenio estatutario dentro del Título III del ET no hace sino corroborar esta interpretación.

En consonancia, la eficacia personal del acuerdo, o de la decisión sustitutiva, no puede ser sino la propia del convenio colectivo que excepcionalmente inaplica, eficacia general o *erga omnes* desde la perspectiva de que en el acuerdo o decisión se van a fijar condiciones de trabajo



genéricas e indeterminadas en cuanto a sus destinatarios en su respectivo ámbito de aplicación en virtud del mecanismo de la representación, condiciones que a mayor abundamiento se presentan con la misma vocación de generalidad que las del convenio colectivo.

No obstante, en este punto, el alcance general del acuerdo o de la decisión no se presentan incompatibles con una posible afectación limitada del acuerdo de descuelgue, bien por aplicar en un concreto centro de trabajo de la empresa o unidad económica de producción, bien por afectar subjetivamente a un determinado colectivo de trabajadores que presentaran unas características específicas en cuanto a grupo identificable.

En este contexto lo que la norma no ampara es el establecimiento de tratamientos jurídicos diferenciados a determinados trabajadores individualmente considerados por la vía del mecanismo de la inaplicación de condiciones pactadas en convenio.

#### **XVI.- LA TEMPORALIDAD DEL ACUERDO DE DESCUELQUE**

En materia de vigencia del descuelgue, el legislador vincula la duración máxima del acuerdo de inaplicación, o de la decisión sustitutiva, con la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo aplicable en la empresa. A estos efectos, el acuerdo de descuelgue se constituye por tanto en un apéndice del convenio.

En consecuencia con esta nueva regulación legal, se disipan en sentido afirmativo anteriores dudas en relación con la posibilidad de aplicación del descuelgue en la situaciones de ultraactividad del convenio.

En lo que concierne a la entrada en vigor, acuerdo y decisión presentan eficacia constitutiva, por lo que se descarta su aplicación con efectos retroactivos, ni siquiera al momento de la solicitud del descuelgue o al del inicio del período de consultas.

#### **XVII.- LA IMPUGNACIÓN DEL DESCUELQUE DE CONVENIO COLECTIVO**

Dos conclusiones previas en materia de impugnación del descuelgue. En primer término, el control judicial va a resultar posible tanto de los acuerdos de inaplicación o decisiones sustitutivas como también de los actos llevados a cabo por el empresario en aplicación de aquéllos. En segundo lugar, en cuanto a su objeto, más allá de la constatación de la preceptiva exigencia causal, el control judicial va a poder extenderse a otras cuestiones relacionadas con el procedimiento de inaplicación.

A partir de estos presupuestos, el legislador ha optado por diseñar en la norma un modelo de descuelgue que se complica sobremanera desde la perspectiva interpretativa en la concreta materia de la impugnación, fundamentalmente por las diferencias en la redacción de la norma en función de la fase en que el acuerdo fuera alcanzado o en función de que nos encontremos ante la impugnación de la decisión sustitutiva o del acuerdo.

Si nos referimos al control judicial del acuerdo de inaplicación alcanzado en el período de consultas, la previsión en la norma de la “presunción” a favor de la concurrencia de causas en

supuestos de acuerdo y el control judicial tasado exigen que tomemos posición con respecto a estas dos previsiones legales.

En lo que se refiere a la “presunción” legal, la primera conclusión es la de que no nos encontramos ante una presunción en el sentido técnico-jurídico del término, tan solo ante el intento del legislador por reforzar al acuerdo revistiéndole en este sentido de un “plus de legitimidad” en cuanto producto de la autonomía colectiva, concurrencia causal que va a resultar destruible mediante prueba en contrario.

En segundo término, en lo que concierne al control judicial tasado, la posible impugnación de un acuerdo alcanzado en el período de consultas por inexistencia de causas habilitantes habrá de reconducirse necesariamente a los motivos tasados en la norma, incardinándose un acuerdo sin causa a la vista de la excepcionalidad del descuelgue entre los supuestos del fraude de ley o del abuso de derecho en su conclusión en función de la intención y conducta de las partes negociadoras.

Por el contrario, la norma no hace extensible la “presunción” ni el control judicial tasado a los supuestos de acuerdos alcanzados en cualquiera de las fases posteriores en la gestión del desacuerdo. Por ello, en una interpretación literal, lógica e integrada de la norma en relación con las posibilidades legales de impugnación de los acuerdos alcanzados en paritaria o ante los órganos de solución autónoma de conflictos ex art. 91 ET, la conclusión no puede ser otra que la de la imposibilidad de extender a estos supuestos una y otro.

Del mismo modo, el legislador en la propia regulación del art. 82.3 ET prevé expresamente que los laudos dictados en los procedimientos de solución autónoma de conflictos o por los órganos tripartitos en la última fase en la gestión del desacuerdo serán recurribles por los motivos y el procedimiento previsto para la impugnación de los convenios colectivos, a estos efectos, control judicial “amplio”.

Por todo ello, en una interpretación sistemática e integrada de la norma, y congruente con la naturaleza jurídica predicable del acuerdo de descuelgue, nuestra conclusión es que tanto la impugnación de los acuerdos alcanzados en el período de consultas, como la de los acuerdos suscritos en las posteriores fases en la gestión del desacuerdo, como la de los laudos sustitutivos, deberá canalizarse por el procedimiento de la impugnación del convenio colectivo, lo que confirma las posibilidades de control judicial amplio a pesar de la “presunción” y el control judicial “tasado”.

Sin embargo, en el supuesto específico de impugnación de un acuerdo de descuelgue alcanzado en el contexto de un expediente de regulación de empleo, ésta deberá reconducirse a la modalidad procesal del art. 124 de la LRJS de conformidad con la más reciente jurisprudencia en la cuestión. En todo caso, la *vis atractiva* de la modalidad procesal de la impugnación del despido colectivo sólo lo será en el supuesto de impugnarse las medidas en su conjunto, en otro escenario, la impugnación individual del acuerdo de descuelgue se reconduce a su propia modalidad de impugnación.

Más allá de la impugnación de los acuerdos de descuelgue o de las decisiones sustitutivas de estos, el trabajador o trabajadores que se mostraran disconformes con la decisión empresarial van a tener la posibilidad de impugnar, en su caso, los actos del empresario en aplicación del acuerdo o de la decisión a través de la modalidad procesal que corresponda, procedimiento ordinario en el supuesto de impugnación individual, procedimiento colectivo en el caso contrario.

No obstante, a nuestro juicio el alcance de la impugnación del acto llevado a cabo por el empresario en aplicación del acuerdo o decisión va a variar en función de dos circunstancias, primera, el exceso o no en la aplicación por el empresario respecto de la “habilitación” proporcionada por el acuerdo o decisión, segunda, la existencia o no de una previa impugnación colectiva del acuerdo o decisión sustitutiva que pudiera hacer los efectos de cosa juzgada.

Para terminar, en lo que se refiere a la legitimación requerida, el sindicato impugnante deberá acreditar “suficiente implantación” en el ámbito de afectación del descuelgue, no así en el supuesto de impugnación por los representantes unitarios, que la ostentarán en todo caso, legitimación que igualmente van a detentar las comisiones de trabajadores o sindicales *ad hoc* en su condición de representantes legales en materia de descuelgue.

## BIBLIOGRAFÍA

AGÍS DA SILVA, M. y BLASCO LAHOZ, J.F.: "La eficacia personal de los convenios estatutarios", en VV.AA., *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al profesor Sala Franco* (Coordinadores PÉREZ DE LOS COBOS, F. GOERLICH, J.M.), Tirant lo Blanch, Valencia 2006

AGUT GARCÍA, C.: *La cláusula de descuelgue salarial (la cláusula de inaplicación del régimen salarial pactado en el convenio supraempresarial)*, Tirant lo Blanch, Monografías, año 1999

ALFONSO MELLADO, C. PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T.: "La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios, *Relaciones Laborales*, núm. 8, 1995

AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley grupo Wolters Kluwer

AA.VV.: "Curso de derecho del trabajo", 19ª Edición, Director, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. Autores GARCÍA ORTEGA, J., GOERLICH PESET, J.M., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., SALA FRANCO, T., Tirant lo Blanch, Valencia 2010

ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "La autonomía colectiva. Concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos", AA.VV., *La reforma de la negociación colectiva*, (MANUEL R. ALARCÓN/SALVADOR DEL REY COORDINADORES); Madrid, Marcial Pons, 1995

ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "Artículo 1632, en VV.AA. (J.A FOLGUERAS CRESPO, F. SALINAS MOLINA y M.L. SEGOVIANO ASTABURIAGA, *Comentarios a la Ley reguladora de la jurisdicción social*, Lex Nova, 2011

ALBIOL MONTESINOS, I.: "Los acuerdos de empresa", ponencia presentada a las *VIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, junio 1995*

ALBIOL MONTESINOS: "Los acuerdos de empresa", en AA.VV., *La estructura de la negociación colectiva*, Madrid, 1996

ALEMÁN PÁEZ, F.: "Pactos extraestatutarios y modificación empresarial de condiciones de trabajo", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 12/2012 (presentación), [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\645

ALFONSO MELLADO, C.: "Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna", en AAVV, *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010

ALFONSO MELLADO, C.: "Novedades en materia de arbitraje y experiencias en el tribunal de arbitraje laboral de la Comunidad Valenciana", **XII Jornadas de la Fundación SIMA 21, octubre 2010**

ALFONSO MELLADO, C.L.: “Reforma y retos de la negociación colectiva”, en *La reforma laboral de 2010*, Fundación 1º de mayo, Anuario 2011, nº 04 relaciones Laborales

ALFONSO MELLADO, C.L.: “El control judicial de la modificación sustancial de condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica”, *Revista de Derecho Social*, nº 62, 2013

ALFONSO MELLADO, C. L., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “La posible obligatoriedad de los nuevos arbitrajes laborales del artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Laboral*, nº 22, 29 de mayo-4 de junio 1995, Doctrina XXII

ALFONSO MELLADO, A. y CARDONA RUBERT, Mª. B.: “La solución extrajudicial de conflictos laborales: Los acuerdos conciliatorios, mediatorios y los laudos arbitrales”, pág. 753, en VV.AA., *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, (Coordinadores PÉREZ DE LOS COBOS-GOERLICH PESET), Tirant lo Blanch, Valencia 2006

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P: *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Editorial Comares, Granada 2007

BALLESTER PASTOR, M.A.: “La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012

BAYLOS GRAU, A.: “Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva”, *RRLL*, 1994, núm. 17-18 (monográfico)

BAYLÓS GRAU, A.: “Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva”, *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (coord. CASAS Y VALDÉS), La Ley, Madrid, 1994

BAYLOS GRAU, A.: “Tendencias en la crisis y reforma de la negociación colectiva: algunos interrogantes”, <http://baylos.blogspot.com/>, 14 de julio 2011

BLASCO PELLICER. A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009

BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010”, en VV.AA., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010

BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013

BLASCO PELLICER, A: “Reformas en materia laboral”, en VV.AA., *Reforma laboral y de Seguridad Social de 2013*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013

BLASCO PELLICER, A: “Convenios colectivos estatutarios: contenido, eficacia e inaplicación”, *Actualidad Laboral*, nº 10, Sección Estudios, Octubre 2013, tomo 1

BLASCO PELLICER, A.: “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012”, AA.VV. (Ángel Blasco Pellicer, Luis Miguel Camps Ruiz, José María Goerlich Peset, Remedios Roqueta Buj,

Tomás Sala Franco), *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, tirant lo Blanch, "colección laboral", nº 207, 2012

BLASCO PELLICER, A.: "El nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2013

BLASCO PELLICER, A.: "Políticas sociolaborales en torno al contrato de trabajo", en AA.VV. *Políticas Sociolaborales*, CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup>. B. y CABEZA PEREIRO, J., Civitas, 1<sup>a</sup> Edición, Pamplona, 2014.

BODAS MARTÍN, R.: "La eficacia jurídica de los acuerdos de empresa", *El Derecho*, [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com), *Tribuna*, 30 de julio de 2010

BODAS MARTÍN, R.: "la negociación colectiva: obstáculo o incentivo para la adaptabilidad empresarial", Ponencia 11 de diciembre de 2013, Madrid, <http://www.ugt.es/actualidad/2014/febrero/boletin16/4docu.pdf>

CALVO GALLEGO, F.J.: "Algunas notas sobre el papel de los sistemas extrajudiciales en los procesos de inaplicación de convenios estatutarios", *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012

CAMPS RUIZ, L.M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. (Coordinadores): *Derecho del Trabajo*, 2<sup>a</sup> Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2012

CARNELUTTI, F.: *Teoria del Regolamento colectivo dei rapporti di lavoro*, 1927

CARRERAS LLASANA, J.: "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", en Estudios de Derecho Procesal (con Fenech, Miguel), Barcelona 1962

CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E.: "La solución extrajudicial de los conflictos laborales", *Relaciones Laborales*, nº 16-17, 1992-II,

CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E.: "Arbitraje laboral, autonomía colectiva y autonomía individual", *Relaciones Laborales*, T. II, 1994

CASAS BAAMONDE, M.E.: "Arbitraje de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1994

CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E. en "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencia y concurrencia de los convenios colectivos", AAVV, Coord. VALDÉS DAL-RE y CASAS BAAMONDE, *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid, 1994

CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E.: "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de convenios colectivos", *Relaciones Laborales*, 1994, núm. 17 - 18 (monográfico)

CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E.: "Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses (I y II)", *Relaciones Laborales*, T. I, 1995

CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E.: “Procedimientos de solución y reforma de la legislación laboral”, en *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, 1995

CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E.: ¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?, *Relaciones Laborales*, 1997, Tomo I

CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012

CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, 1<sup>a</sup> Edición, agosto de 2013, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona 2013

CASTRO CONTE, M.: “Inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo”; *RMESS* nº 100, año 2012

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El procedimiento de despido colectivo tras la reforma laboral de 2012”. *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, nº 2, mayo 2013

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC”, Jornada técnica de la CCNCC “Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET”, Madrid 18 de junio de 2014.

CORREA CARRASCO, M.: *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Editorial Aranzadi, 1997

CORREA CARRASCO, M.: “Los límites de la intervención legal en la configuración del modelo de negociación colectiva (Consideraciones en torno a la STC de 16 de julio de 2014)”, *Revista Relaciones Laborales*, nº 11, Sección Doctrina, año 30, tomo 1, noviembre 2014, Editorial La Ley

CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, en AA.VV. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (Coordinadores: VALDÉS. DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.), Madrid (La Ley, Monografías), 1.994

CRUZ VILLALÓN, J.: “El arbitraje laboral en la reforma legislativa”, pág. 25, en *El arbitraje laboral: Los acuerdos de empresa*, VI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, OJEDA AVILÉS, A. (coord.), Editorial Tecnos S.A., 1996

CRUZ VILLALÓN, J.: “Los procedimientos arbitrales en la negociación colectiva”, en Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, La Ley, 2007

CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura y concurrencia entre convenios colectivos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 68, año 2007

CRUZ VILLALÓN, J.: “Los procedimientos arbitrales en la negociación colectiva”, p. 934, en *Manual jurídico de negociación colectiva*, Dir. VALDÉS DAL-RÉ, f., Coord. LAHERA FORTEZA, J., *Manuales Profesionales La Ley*, 1<sup>a</sup> Ed., febrero 2008

CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010

CRUZ VILLALÓN, J.: Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011”, en AA.VV., García-Perrote y Mercader (Dir.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2011

CRUZ VILLALÓN, J.: “El nuevo papel de la mediación y arbitraje en los procesos de negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 23-24, 2011

CRUZ VILLALÓN, J.: “Principales novedades del Real Decreto Ley 7/2011 de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva en materia de mediación y arbitraje”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011

CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*. nº 57, enero-marzo, año 2012

CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 117/2012

CRUZ VILLALÓN, J.: “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dir.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012

CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012

CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Ed. Tecnos, 2012

CRUZ VILLALÓN, J.: “Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo”, Ponencia a la XXVII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, Madrid, 10 de diciembre de 2014, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

CRUZ VILLALÓN, J.: “Políticas laborales: el modelo de relaciones laborales en España (I)”, en AA.VV. *Políticas Sociolaborales*, CARDONA RUBERT, Mª. B. y CABEZA PEREIRO, J., Civitas, 1ª Edición, Pamplona, 2014

CUENCA ALARCÓN, M.: “Procedimiento de negociación colectiva estatutaria”, en Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, La Ley, 2007, p. 352

CHOCRÓN GIRALDEZ, A. Mª: *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la presunción de duración indefinida del contrato de trabajo*, Ediciones Laborum, 1ª Edición 2004



DE LA IGLESIA AZA, L.: "Modificación sustancial de condiciones laborales. La reducción salarial mediante el Real Decreto-Ley 8/2010", *Aranzadi Social* paraf. 73/2012 (Presentación), [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\116.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de Declaración*. Editorial universitaria Ramón Areces, tercera edición, Madrid 2004

DE LA VILLA GIL, L.E.: "La novedosa y polémica función arbitral de la comisión consultiva nacional de convenios colectivos", *Lex Nova*, Portal Jurídico, Thomson Reuters, [www.portaljuridico.lexnova.es](http://www.portaljuridico.lexnova.es), 3 de octubre de 2012

DE LA VILLA GIL, L.E.: "El Derecho del Trabajo, ¿ha muerto o vive todavía? Reflexiones sobre la reforma laboral de 2012", *El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho*, 2012, núm. 29

DE LA VILLA SERNA, L.E.: "La legitimación procesal de las comisiones laborales y sindicales. Una laguna cubierta por el Tribunal Supremo", *Diario La Ley*, nº 8401, Sección Tribuna, 17 de octubre de 2014, año XXXV, Editorial La Ley.

DEL REY GUANTER, S.: "Transformación del sistema de negociación colectiva y "refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos", AA.VV., *La reforma de la negociación colectiva*, (MANUEL R. ALARCÓN/SALVADOR DEL REY COORDINADORES), Marcial Pons, Madrid, 1995

DEL REY GUANTER, S.: "Medios extrajudiciales de solución de conflictos", en *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, 1995

DEL REY GUANTER, S.: "Presente y futuro del arbitraje laboral en el ordenamiento español: la necesidad de una aproximación selectiva", en AA.VV. (coordinador Valdés Dal-Ré, F.), *Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales: situación actual y perspectivas de futuro*, Fundación SIMA, Madrid, 2006

DEL REY GUANTER, S.: "Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial.", en *Temas Laborales*, nº 107

DEL REY GUANTER, S.: "El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET", *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010

DEL REY GUANTER, S.: "Aspectos fundamentales en la reforma de la negociación colectiva del Real Decreto-Ley 7/2011", en *Diario La Ley*, nº 7756, de 16 de diciembre de 2011

DEL REY GUANTER, S.: "Los principios de ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012

DEL REY GUANTER, S.: "La flexibilidad interna en la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", *Actualidad Laboral*, nº 17, Sección Estudios, octubre de 2012

DESDENTADO, A y VALDÉS, B.: *La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo. Una síntesis de jurisprudencia*. Edit. Trotta, Madrid, 1998, págs. 79-87

DURÁN LÓPEZ, F.: "El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva", *Relaciones Laborales, Tomo II*, 1990

DURÁN LÓPEZ, F.: "Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales", *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 18 (1992)

DURÁN LÓPEZ en "El laudo arbitral en los conflictos laborales", *Relaciones Laborales*, Tomo 1, año 1993

ELORZA GUERRERO, F.: *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, Consejo Económico y Social, año 2000

ELORZA GUERRERO, F.: "Acuerdos de empresa, subsidiarios, modificativos, de reorganización productiva e informales", en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley grupo Wolters Kluwer

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto-Ley 7/2011", en García-Perrote y Mercader (Dirs.), *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, 2011

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva", en ESCUDERO, R. (coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid (Cinca), 2012

FALGUERA BARÓ, M.A.: "La causalidad de los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos después de la Ley 3/2012: reflexiones tras un año de doctrina judicial por la vía del artículo 124 LRJS", *Jurisdicción Social, Revista on line de la Comisión de lo Social de Jueces para la Democracia*, nº 133, junio de 2013

FALGUERA BARÓ, M.A.: "El acuerdo en el período de consultas", Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013, FERIA BASILIO, I.: "Las comisiones paritarias y las facultades negociadoras convencionales tras el trienio reformador", *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012

FERIA BASILIO, I.: "Las comisiones paritarias y las facultades negociadoras convencionales tras el trienio reformador", *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna", *Relaciones Laborales*, nº 11, 2011

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Cláusulas de descuelgue empresarial”, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial”, *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y MARTÍNEZ BARROSO: “La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdo de empresa: el supuesto del artículo 41.2, párrafo tercero, del Estatuto de los Trabajadores”, *La Ley*, 1995

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Artículo 38. Pactos y acuerdos”, en PALOMAR OLMEDO, A., SEMPERE NAVARRO, A.V., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público*, Thomson Reuters, 2012

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>.F.: “El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral (I)”, *Actualidad Laboral* nº 6, 6-12 febrero 1995

FOLGUERA CRESPO, J.A.: “¿Basta aportar en un ERE la documentación reglamentaria?”, *Diario la Ley*, nº 8528, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de abril de 2015, Editorial La Ley

FOLGUERA CRESPO, J.A.: “Despido colectivo IBERIA: la modalidad de despido colectivo es obligada, prioritaria y abierta a las diversas medidas del ERE”, *Diario la Ley*, nº 8528, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de abril de 2015, Editorial La Ley

GALIANA MORENO, J.M<sup>a</sup>.: “La eficacia de los convenios colectivos en el derecho español del trabajo”, *La eficacia de los convenios colectivos*, XIII Congreso Nacional de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Murcia 17 y 18 de mayo de 2002, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Informes y Estudios, Subdirección General de Publicaciones, Madrid 2003

GÁRATE CASTRO, J.: “La reforma de las reglas de legitimación (inicial y plena) para negociar convenios colectivos”, en *RL*, nº 23-24, 2011

GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN y MERCADER UGUINA, “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, año 2003.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, en VV.AA., *La reforma del mercado de trabajo*, Dirección GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J), Ed. Lex Nova, Valladolid 2010

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Las novedades en materia de mediación y arbitraje de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, Ponencia XII Jornadas de la Fundación SIMA 2010

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, en García-Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, tirant lo Blanch, 2ª Edición, Valencia 2012

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Inaplicación de convenios colectivos: causas, procedimientos y efectos sobre las relaciones individuales de trabajo”, en *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, RAMOS QUINTANA, Mª. I. (Dir.), GRAU PINEDA Mª. (Coord.), Editorial Bonarzo, Albacete, 1ª Edición, Diciembre 2013

GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial”, *Actualidad Laboral*, núm. 5, 1995

**GARCÍA JIMÉNEZ, M.:** “El recurrente diálogo entre la “objetivación” y el juicio de estricta legalidad del juzgador en los despidos objetivos: su incidencia sobre empresas públicas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 69/2013 parte Presentación. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013

GARCÍA MURICA, J.: “Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa”, *Documentación Laboral*, 1995, nº 46

GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 1ª Edición, Madrid, diciembre 1998

GARCÍA MURCIA, J.: “los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 68, año 2007

GARCÍA MURCIA, J.: “Una Reforma Laboral paralela: los acuerdos interprofesionales del año 2012”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, año 2012

GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Vigencia y sucesión de convenios colectivos”, en VALDÉS DAL-RÉ (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, La Ley, 2007

GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Vigencia y sucesión de convenios colectivos”, en VALDÉS DAL-RÉ (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, La Ley, 2007

GARCÍA VIÑA, J.: “Los sujetos titulares de las consultas. Legitimación negocial”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013

GARRIDO PÉREZ: “Las cláusulas de descuelgues salarial en la nueva ordenación estatutaria”, *RRLL*, nº 8, 1995

GARRIDO PÉREZ, E.: “Negociación colectiva y sistemas de solución de conflictos”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del*

*Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012

GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Multifuncionalidad de la comisión paritaria del convenio colectivo (de la administración e interpretación del convenio a la solución extrajudicial de conflictos): un “activo en alza” en tiempos difíciles para la negociación colectiva”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 21, 2009

GOERLICH PESET, J.M.: “Concepto y eficacia del convenio colectivo (en torno al artículo 82)”, en “El Estatuto de los Trabajadores veinte años después”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número especial 100/2000

GOERLICH PESET, J.M.: “El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Aranzadi Social*, 2007

GOERLICH PESET, J.M.: “Acuerdos fin de huelga y fin de conflicto”, en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley grupo Wolters Kluwer

GOERLICH PESET, J.M.: “Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultraactividad”, en GARCÍA-PERROTE, I y MERCADER, J.R. (dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 7 de junio*, Valladolid, Lex Nova, 2011

GOERLICH PESET, J.M.: “El Real Decreto Ley 3/2012: aproximación general”, en AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, BLASCO, A (coord.), Tirant lo Blanch, 2012

GOERLICH PESET, J.M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral nº 218, Valencia, 2013

GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, Ponencia a las XXVI jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 21 de noviembre de 2013

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las reformas de las garantías subjetivas de la negociación colectiva, legitimación negocial y comisión negociadora”, en GARCÍA PERROTE y MERCADER (Dirs.), *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova

GONZÁLEZ DE LENA, F.: “La negociación colectiva en la reforma de 2010: Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio”, *Relaciones Laborales*, nº 21-22, año 2010

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo”, *REDT*, núm. 75, 1996

GONZÁLEZ ORTEGA: “La reforma de la negociación colectiva”, *La reforma laboral de 1994*, (coord. ALARCÓN CARACUEL), Marcial Pons, Madrid, 1994

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, nº 115/2012

GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VALVERDE ASENCIO, A.: “La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa”, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”, *Actualidad Laboral*, nº 4, Quincena del 16 al 28 de febrero 2011, Tomo 1, Editorial La Ley

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 28 (2012)

GORELLI HERNANDEZ, J.: “El descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo de eficacia general”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 34 (2013)

GORELLI HERNANDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada 2013

GUAMÁN, A. e ILLUECA, H.: *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo*. Madrid, Sequitur, 2012

IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup>. T.: “El renovado papel de las comisiones paritarias de los convenios colectivos: algunos apuntes”, *Reformas estructurales y negociación colectiva en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012

IZQUIERDO, M., JIMENO, J.F. y THOMAS, C.: “la relación entre el grado de centralización de la negociación colectiva y la tasa de desempleo: nuevos resultados”, en Banco de España, *Boletín económico*, febrero 2012, p. 59 y ss

LAHERA FORTEZA, J.: *Normas laborales y contratos colectivos*, Editorial Reus, 1<sup>a</sup> Edición, Madrid 2008

LAHERA FORTEZA, J.: “El descuelgue salarial” en AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL-RRÉ, F.): *La reforma laboral de 2010*, Ed. Reus, 2011

LANTARÓN BARQUIN, D.: “Novedades normativas y proyección de la reforma laboral de 2010 en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24 (2011)

LLANO SÁNCHEZ, M., “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 22

LLANO SÁNCHEZ, M.: “La negociación colectiva”, en MONTROYA, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012

LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Régimen jurídico del descuelgue salarial”, *Aranzadi Social*, Revista Doctrinal, núm. 6, octubre 2011

LÓPEZ ANIORTE, M<sup>º</sup> C.: “El nuevo régimen jurídico del descuelgue salarial tras la reforma laboral de 2010”, en AA.VV., *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (Dir. ALFREDO MONTOYA MELGAR, FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ) Ed. Civitas, primera edición, febrero 2011

LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “La negociación colectiva”, en CAVAS, F. (coord.), *La reforma laboral de 2012. Análisis del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Murcia (Laborum), 2012

LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “la reforma de la negociación colectiva como mecanismo de adaptación de las condiciones laborales”, en AAVV (CAVAS MARTÍNEZ Coord.): *La reforma laboral de 2012*, Ed. Laborum, Murcia, 2012

LÓPEZ LÓPEZ, J.: “Descuelgue del convenio colectivo y cambio de unidad aplicativa (2012): una interpretación acorde con el modelo constitucional, *Relaciones Laborales*, número 4/2014

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en BORRAJO (Dir.), *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, T. I, vol. 2, Madrid 1994

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Los acuerdos de empresa”, en VV.AA., *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al profesor Sala Franco (Coordinadores PÉREZ DE LOS COBOS, F. GOERLICH, J.M.)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006

LÓPEZ TERRADA, E.: “La articulación de la negociación colectiva (diez años después)”, en AA.VV., *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al profesor Sala Franco, (Coordinadores PÉREZ DE LOS COBOS, GOERLICH)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006

LORENTE RIVAS, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, LUIS ÁNGEL TRIUERO MARTÍNEZ dirs. y coords.), Editorial Comares, Granada 2011

MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Dirección y coordinación): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo, Volumen I, 2ª Edición*, Pamplona 2012, Thomson Reuters, Aranzadi.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimosegunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 2013

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigésimotercera edición, Ed. Tecnos, Madrid 2014

MARTÍNEZ FONS, D.: “Novedades en materia de extensión de convenios colectivos. Comentario al RD 718/2005, de 20 de junio (BOE de 2 de julio de 2005), que aprueba el procedimiento de extensión de convenios colectivos.”, Universidad Pompeu Fabra, <http://www.upf.edu/iuslabor/032005/art06.htm>.

MARTÍNEZ MORENO, C.: “Políticas sociolaborales: el modelo de relaciones laborales en España (I)”, en “Políticas laborales: el modelo de relaciones laborales en España (I)”, en AA.VV., *Políticas Sociolaborales*, CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup>. B. y CABEZA PEREIRO, J., Civitas, 1ª Edición, Pamplona, 2014.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo”, en THIBAUT, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012.

MELLA MÉNDEZ, J.: “Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas modificaciones de interés”, *Tribunal Laboral*, nº 109, año 2011

MERCADER UGUINA, J.: “Los acuerdos de descuelgue salarial: una apuesta por la negociación de empresa”, en AAVV GARCÍA PERROTE-MERCADER UGUINA (DIR.) *La reforma laboral 2010. Aspectos Prácticos*, Lex Nova, Valladolid, 2010

MERCADER UGUINA, J.: “Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el Real Decreto-Ley 7/2011”, en GARCÍA-PERROTE Y MERCADER (dirs.), *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, 2011

MERCADER UGUINA, J.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012. La empresa como nuevo centro de gravedad”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012

MERCADER UGUINA, J.: “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en GARCÍA-PERROTE. I Y MERCADER, J. (dirs.), *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012

MERCADER UGUINA, J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

MERCADER UGUINA, J.: “La estructura y articulación de la negociación colectiva”, en *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, RAMOS QUINTANA, M<sup>a</sup>. I. (Dir.), GRAU PINEDA M<sup>a</sup>. (Coord.), Editorial Bonarzo, Albacete, 1ª Edición, Diciembre 2013

MERINO SEGOVIA, A.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012

MIÑARRO YANINI, M.: “La regulación legal de las competencias de las comisiones paritarias: más que un viaje de ida y vuelta”, *Reformas estructurales y negociación colectiva*, en XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. Francisco J. Prados de Reyes), Monografías de Temas Laborales, nº 50, 2012

MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup> L.: “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2008



MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup>. L.: “Régimen jurídico de los acuerdos concursales”, en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1<sup>a</sup> Ed., febrero 2008, La Ley grupo Wolters Kluwer

MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup>. L.: “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales*, nº 23/24, año 2011.

MOLINA NAVARRETE, C.: “El impacto de los Acuerdos Interconfederales sobre los convenios colectivos: una vía de mejora exasperadamente cauta y lenta”, *Temas Laborales*, nº 76, 2004, p. 229

MOLINA NAVARRETE, C.: “De las “reformas laborales” a un nuevo, e irreconocible, “Estatuto del trabajo subordinado””, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, nº 348, año 2012

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Inaplicación del convenio colectivo”, *Actum*, nº 76, 2013

MONTALVO CORREA, J. “Relaciones laborales y Constitución: anotaciones a una década”, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, 1990.

MONEREO PÉREZ, J.L. en “La estructura del salario”, AAVV, Dir. Borrajo Dacruz, *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Tomo I, Vol. 1, Madrid, 1994

MONTOYA MELGAR, A., en “Convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores”, *Boletín AEDIPE*, septiembre 1982

MONTOYA MELGAR, A.: “La interpretación del convenio colectivo (Apuntes de Derecho Comparado)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social*, nº 68, julio 2007.

MONTOYA MELGAR, A.: “Comentario art. 41 LET”, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2010.

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 32<sup>a</sup> edición, Madrid, 2011

MORALES VÁLLEZ, C.E.: “El deber de negociar bajo el principio de la buena fe”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 8/2012, parte Fichas de Jurisprudencia, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012/3370:

MORALES ORTEGA, J.M.: “La gestión del convenio colectivo: la potenciación de las comisiones paritarias”, *Relaciones Laborales*, nº 23-24, 2011

MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: “Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012”, *Aranzadi Social* núm. 9/2013 (informes), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2013, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2013\14

MUÑOZ MOLINA, J.: “Medidas para reforzar la flexibilidad interna negociada y delimitadoras del régimen de extinción del contrato”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 109/2011, 2º trimestre

NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo de 2012

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “La inadmisión por el Tribunal Constitucional de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el Real Decreto Ley 8/2010 por la rebaja de las retribuciones de los empleados públicos”, *Aranzadi Social paraf. 60/2011 parte Presentación*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2011, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)

OJEDA AVILÉS, A.: “Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos”, *Actualidad Laboral*, nº 17, 24-30 abril 1995

OJEDA AVILÉS, A.: *Compendio de Derecho Sindical*, segunda edición, Editorial tecnos, Madrid 2012

OLARTE ENCABO, S.: “Acuerdos de adhesión”, en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva* (Dir. VALDÉS DAL RE. F, Coord. LAHERA FORTEZA, J.), Manuales Profesionales La Ley, 1ª Ed., febrero 2008, La Ley, grupo Wolters Kluwer

OLARTE ENCABO, S.: “Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9/2014, parte La reforma laboral, Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral”, en García Perrote y Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012

PALOMEQUE LÓPEZ: “El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo”, AA.VV., *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid, 1994

PALOMO BALDA, E.: “111 sentencias en materia de despido colectivo (y 2 más): un balance provisional”, *Diario La Ley*, Boletín nº 8136, de 29 de julio de 2013, La Ley, grupo Wolters Kluwer, [diariolaley.es](http://diariolaley.es)

PEDRAJAS, A., SALA, T. y MOLERO, C.: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

PELAYO JIMÉNEZ, R.: “La revisión *ad intra* de los laudos arbitrales”, *Diario La Ley*, nº 8440, Sección Tribuna, 12 de diciembre de 2014, año XXXV, Editorial La Ley

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL: “Los pactos de reorganización productiva” en *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, AA.VV., ACARL, Madrid, 1989

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, 1996

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Mecanismos legales de descuelgue salarial”, *Actualidad Laboral*, núm. 10, 1997

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: “La reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 14, 2010

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa”, Ponencia a las XIII Jornadas de la Fundación SIMA, 20 de octubre de 2011

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La reforma de la negociación colectiva en España”, *Aranzadi Social Doctrinal*, núm. 11/2012, parte Estudio

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La interpretación de la Constitución”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 169, año 2014

POQUET CATALA, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2012 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3079

PRADOS DE REYES, F.J. y ALAMEDA CASTILLO, M<sup>a</sup> T.: “La impugnación judicial de los laudos arbitrales laborales”, *Temas Laborales*, nº 70/2003

PURCALLA, M.A. y PRECIADO, C.H.: “Cambios en la negociación colectiva tras la Ley 3/2012: breves notas para el debate”; *RGTSS* nº 31, año 2012

QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, Editorial Cívitas, Monografías

QUIRÓS HIDALGO, J.G., “El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales incluidas en convenios colectivos. viejos y nuevos interrogantes a partir de la ley concursal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 11, enero 2007

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y GARCÍA ORTEGA, J. “Excepciones al deber de negociar: un análisis jurisprudencial”, en AAVV, *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2006

RENTERO JOVER, J.: “Reflexiones sobre los pactos fin de huelga”, *Revista Aranzadi Social (Estudios doctrinales)*, nº 2, año 1992

RIVERO LAMAS, J.: “Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de negociación informal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 3, 1997

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: “Conciliación, mediación y arbitraje en el ámbito laboral”, en *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, 1996

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto Ley 10/2010”, *Relaciones Laborales*, nº 15-16, agosto 2010

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, nº 21, 2010

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto Ley 3/2012”, *Diariolaley.es*, nº 7833, año 2012

RODRÍGUEZ-PIÑERO, VALDÉS Y CASAS en “La nueva reforma laboral”, *RRLL*, nº 5, 2012

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012

RODRÍGUEZ VERA, E.: “La negociación colectiva de los empleados públicos”, *Los trabajadores de las Administraciones Públicas*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 93, año 2011

ROJAS MARTÍN, J.C.: “Fijación del período vacacional como materia negociable al amparo del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Inaplicación de las condiciones pactadas en el convenio colectivo. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo nº 3157/2013, de 27 de mayo de 2013 que resuelve el recurso de casación 9072012”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 36 (2014),

ROJO TORRECILLA, E.: “Los acuerdos interconfederales del siglo XXI para la negociación colectiva. De 2002 a 2010”, *El blog de Eduardo Rojo*, <http://eduardorjoblog.com.es/>

ROQUETA BUJ, R.: *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012

ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, colección laboral nº 214, 2012

SÁEZ LARA, C.: “Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico”, *Relaciones Laborales*, T. I, 1995

SALA FRANCO, T, ALFONSO MELLADO, C. y PEDRAJAS MORENO, A.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

SALA FRANCO, T.: “La reforma de la negociación colectiva (Real Decreto-Ley 7/2011, de 11 de junio), en *Actualidad Laboral*, nº 18, 2011

SALA FRANCO, T.: “La reforma de la negociación colectiva”, en AAVV, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

SALA FRANCO, T. y ALFONSO MELLADO, C.: *Los acuerdos estatal y autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales. Análisis comparativo*, Consejo Económico y Social, primera edición, marzo 2001

SANCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los acuerdos fin de huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002

SÁNCHEZ URÁN, Y.: “Responsabilidad social y ética “públicas” y relación laboral de empleo público”, *Los trabajadores de las Administraciones Públicas*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 93, año 2011

SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, año 2012

SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva”, en *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, RAMOS QUINTANA, M<sup>a</sup>. I. (Dir.), GRAU PINEDA M<sup>a</sup>. (Coord.), Editorial Bonarzo, Albacete, 1ª Edición, Diciembre 2013

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo. Ejes de su configuración en el oscuro art. 41 ET”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2009 (Estudio), <http://www.westlaw.es>, BIB 2009\289, págs. 7 y 8

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La modificación de condiciones de trabajo tras el RD-Ley 10/2010”, en AA.VV. *La reforma laboral de 2010*, (SEMPERE NAVARRO, A. Director, MARTÍN JIMÉNEZ, R. coordinador), Aranzadi, Pamplona, 2010

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La reforma de los artículos 40 y 41 ET”, en AA.VV., *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, (Dir. ALFREDO MONTOYA MELGAR, FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ) Ed. Civitas, primera edición, febrero 2011

SEMPERE NAVARRO, A-V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDES, L., *El descuelgue salarial: estudio de su régimen jurídico en la negociación colectiva*, Cuadernos de Aranzadi Social, Cizur Menor (Navarra), 2009

SEMPERE NAVARRO, A. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “El descuelgue salarial tras la Ley 35/2010”, *Aranzadi doctrinal* núm. 8/2010 (Estudio), [westlaw BIB 2010\2383, http://www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)

SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012 (estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012

SEMPERE NAVARRO, A.: “Nulidad y fraude en los nuevos despidos colectivos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2012 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012. [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2012\3002

SEMPERE NAVARRO, A.: “Reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 3/2012”, *Aranzadi social Doctrinal*, 2012, p. 30

SEMPERE NAVARRO, A. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*. Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, enero 2014

SERRANO GARCÍA, M<sup>a</sup>.J.: “Los despidos colectivos en los grupos de empresas tras las últimas reformas laborales”, (Comentario a la STS, Sala 4<sup>a</sup>, de 20 de marzo de 2013), *Relaciones Laborales*, nº 11, Sección Comentarios de jurisprudencia, Noviembre 2014, año 30, tomo 1

SESMA BASTIDA, B.: *Procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos laborales: marco convencional y normativo*, Tesis doctoral, Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones 2004

SOLANS LATRE, M.A., en *Manual jurídico de negociación colectiva*, Dir. VALDÉS DAL-RE, f., Coord. LAHERA FORTEZA, J., *Manuales Profesionales La Ley*, 1<sup>a</sup> Ed., febrero 2008

SORIANO CORTÉS, D.: “Despido colectivo por fraude de ley en el período de consultas de un centro de trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. 70/2013 (Presentación), [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2013\7

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Colección Estudios, 1<sup>a</sup> Edición, Madrid, 1996

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Comentario al art. 41 LET”, en De la Villa (Dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Iustel, 2011

VALDÉS DAL-RE, F.: “La adhesión y la extensión de convenios colectivos”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1987

VALDÉS DAL-RE, F.: “La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, número 26, mayo-agosto 1989

VALDÉS DAL-RE, F.: “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I

VALDÉS DAL-RE, F.: “Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos”, *Relaciones Laborales*, nº 3, 2003

VALDÉS DAL-RE, F.: “La eficacia jurídica de los convenios colectivos”, *Temas Laborales*, nº 76/2004

VALDÉS DAL-RE, F.: “Hacia un derecho común de la flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, nº 19-20, 2012

VALDÉS DAL-RE, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, Coord. LAHERA FORTEZA, J., Ed. Cinca, Colección Estudios Laborales, 2012

VALDÉS DAL-RE, F.: “Los equívocos de la jurisprudencia sobre la distinción entre convenios y acuerdos estatutarios y extraestatutarios (a propósito de la sentencia del TS de 22 de octubre de 2013)”, *Relaciones Laborales*, nº 7, julio 2014

VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Décima edición, Editorial Comares, Granada 2012

VIDAL, PERE: "Límites a la nulidad de los despidos colectivos: el criterio antiformalista del Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 894/2014, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2014\3914